

# Revue de DROIT

## UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

### Volume 22 – Numéro 2

**Année :** 1991-1992

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/13422>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/13422>

*Page vide laissée intentionnellement.*

<b>LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES CONSTRUCTEURS EN DROIT CANADIEN ET QUÉBÉCOIS.....</b>	<b>255</b>
Par Claire MOFFET Louise VIAU	
<b>CONSTRUCTION INTERNATIONALE ET RESPONSABILITÉ CIVILE DU CONSTRUCTEUR : LES PERSPECTIVES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS.....</b>	<b>291</b>
Par Gérald GOLDSTEIN	
<b>LES ASSURANCES ET LES CAUTIONNEMENTS COMME PROTECTION CONTRE LES MALFAÇONS DANS LA CONSTRUCTION .....</b>	<b>343</b>
Par Christianne DUBREUIL	
<b>LA PROCÉDURE APPLICABLE EN MATIÈRE DE PROTECTION DE LA JEUNESSE : RÉGIME CONTRADICTOIRE, INQUISITOIRE OU MIXTE? .....</b>	<b>369</b>
Par Jacinthe MERCIER	
<b>LES PROBLÈMES DE PREUVE EN DROIT DES ASSURANCES.....</b>	<b>411</b>
Par Jean-Guy BERGERON	
<b>L'INCERTITUDE DES PROBABILITÉS EN DROIT ET EN MÉDECINE .....</b>	<b>445</b>
Par Catherine LIPPEL	
<b>Commentaire</b>	
<b>LA DÉFÉRENCE JUDICIAIRE ET LA SPÉCIALISATION DES TRIBUNAUX INFÉRIEURS : LE RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX.....</b>	<b>473</b>
Par Claude D'AOUST	

*Page vide laissée intentionnellement.*



**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES CONSTRUCTEURS EN DROIT  
CANADIEN ET QUÉBÉCOIS

**Auteur(s) :** Claire MOFFET  
Louise VIAU

**Revue :** RDUS, 1991-1992, volume 22, numéro 2

**Pages :** 255-290

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/13417>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/13417>

*Page vide laissée intentionnellement.*

# LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES CONSTRUCTEURS EN DROIT CANADIEN ET QUÉBÉCOIS

par Claire MOFFET\*  
Louise VIAU\*\*

*L'industrie de la construction est fortement contrôlée par un ensemble complexe et rigide de normes visant la protection physique et la sécurité économique des citoyens, lequel engendre un régime spécifique de responsabilité pénale. Dans le texte qui suit, les auteurs, après avoir fait une revue des principes généraux de l'incrimination et de la répression en matière de responsabilité pénale tout en tenant compte, le cas échéant, des particularités relatives au domaine de la construction, dégagent de la législation québécoise et du Code criminel les principales infractions applicables à ce domaine d'activité.*

---

*A body of complex and strict rules apply to the construction industry in order to protect the population both on the economic and physic point of view. That body of rules creates a specific legislation concerning penal liability. Throughout the present text, the authors first consider the general principles regulating the prosecution and sentencing for criminal as well as regulatory offences taking into consideration the specific rules that govern the construction industry. Secondly, they overview the Quebec legislation and the Criminal Code to highlight the more common offences that apply to this field of activity.*

---

\*. LL.M., avocate, Tremblay, Bois, Mignault, Duperrey et Lemay.

\*\* LL.M., avocate, professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Montréal.

## SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION GÉNÉRALE</b> .....	257
<b>I- PRINCIPES GÉNÉRAUX DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU CONSTRUCTEUR</b> .....	260
A- Les principes généraux de l'incrimination .....	260
1. Le régime de responsabilité applicable .....	260
2. La responsabilité du fait d'autrui et la respon- sabilité des corporations .....	263
B- Les principes généraux de la répression .....	267
1. Les grandes règles procédurales .....	267
a) La compétence des tribunaux .....	267
b) L'initiative de la poursuite .....	269
c) La prescription du droit de poursuite ..	270
d) Les règles de procédure et de preuve ..	271
e) L'interdiction des condamnations mul- tiples .....	272
f) Le privilège de l'informateur de po- lice .....	273
g) La preuve du droit étranger .....	273
2. Le régime des peines .....	274
a) Les peines en droit criminel .....	274
b) Les peines en droit pénal québécois ...	276
<b>II- INFRACTIONS DES CONSTRUCTEURS</b> .....	278
A- En droit pénal québécois .....	278
1. Les manquements à la sécurité des personnes .	280
2. Les atteintes à la sécurité économique .....	283
B- En droit criminel .....	284
1. Les manquements à la sécurité des personnes .	284
2. Les atteintes à la sécurité économique .....	287
<b>CONCLUSION</b> .....	288

## INTRODUCTION GÉNÉRALE

Avant de traiter de la responsabilité pénale des constructeurs, il importe de préciser quelles personnes sont visées par la législation applicable au domaine de la construction. Qu'entend-on par «constructeur»? La définition du terme «constructeur» se veut ici la plus large possible. Il s'agit donc de tous les intervenants impliqués dans la réalisation d'un ouvrage et ce, tant au niveau de la conception que de l'exécution des travaux<sup>1</sup>. Cette définition englobe les personnes morales et les personnes physiques, de nationalité étrangère tout autant que canadienne. En effet, la construction d'ouvrages de grande envergure peut amener des entreprises multinationales étrangères à oeuvrer en territoire canadien, tout comme des entreprises canadiennes peuvent effectuer des travaux outre-frontière. Le droit pénal canadien, par contre, est fondé sur le principe de la territorialité plutôt que sur celui de la nationalité<sup>2</sup>, c'est dire que les citoyens étrangers sont susceptibles de poursuites devant les tribunaux canadiens et il en va de même des entreprises étrangères. Par ailleurs, les individus et les entreprises canadiennes oeuvrant en territoire étranger et contrevenant aux lois qui s'y appliquent ne sont pas soumis à la juridiction des tribunaux canadiens sauf dans des circonstances tout à fait exceptionnelles<sup>3</sup>.

Il va sans dire que tout élément d'extranéité viendra compliquer la poursuite et pourra entraîner des difficultés de preuve. Il est hors de notre propos de traiter à fond de cette question complexe qui, à bien des égards, relève davantage du droit international privé que du droit pénal proprement dit. Qu'il suffise pour le moment de retenir que tout constructeur oeuvrant en

1. On y retrouve notamment les architectes, les ingénieurs, les entrepreneurs généraux, les entrepreneurs spécialisés, les travailleurs de la construction: menuisiers, charpentiers, maçons, manoeuvres, etc.
2. Art. 6(2) C.cr.
3. Ce serait le cas pour un complot ourdi au Canada en vue de commettre à l'étranger une infraction criminelle qui serait punissable tant dans cet État qu'au Canada (art. 465(3) C.cr.) ou encore d'un complot ourdi à l'étranger afin de poser au Canada un geste qui y constitue une infraction criminelle (art. 465(4) C.cr.). Comme on le verra, les infractions criminelles susceptibles d'être commises par les constructeurs sont peu nombreuses. Les risques de poursuites pour complot en application de ces règles sont donc assez faibles, d'autant plus que la preuve d'un complot peut s'avérer très difficile.

territoire canadien est soumis à l'ensemble des lois fédérales et provinciales régissant ce domaine d'activité, sans égard à sa nationalité. Toutefois, l'efficacité de la répression pénale et l'effectivité des jugements de condamnation seront largement affectées dans le cas d'un contrevenant étranger. Ces questions seront abordées brièvement et de façon incidente d'une part lorsque nous exposerons les grandes règles procédurales applicables au droit pénal canadien et d'autre part lorsque nous traiterons du régime des peines.

L'objectif d'une législation relative au domaine de la construction est d'assurer un très haut niveau de protection des citoyens. Pour atteindre cet objectif, il y a lieu d'élaborer toute une série de normes. D'abord, il faut édicter, lors de la conception et de la réalisation des travaux, des normes visant la solidité et la sécurité des immeubles et des ouvrages assurant ainsi la sécurité physique de leurs propriétaires, locataires ou usagers. Il faut ensuite établir des normes strictes de sécurité applicables sur les chantiers de construction visant à protéger l'intégrité physique des travailleurs et des personnes qui y circulent. Enfin, il faut élaborer une législation propre à garantir la qualité d'exécution des travaux et la protection économique des personnes faisant affaires avec les divers intervenants du milieu de la construction.

Comme on le verra, le droit canadien privilégie la prévention plutôt que la répression afin d'atteindre ces objectifs. Mais il reste que la prévention ne peut être vraiment efficace si elle ne s'accompagne pas de mesures de répression dont la sévérité tiendra compte de la gravité du manquement, gravité mesurée en fonction soit de l'état d'esprit du contrevenant soit encore de l'étendue des conséquences du manquement.

Le Canada étant un état de droit, il est soumis au principe de la légalité des délits et des peines. Il s'ensuit que des poursuites criminelles ou pénales ne pourront être engagées que si une personne, au moment où le geste entraînant de fâcheuses conséquences est posé, contrevient à une quelconque

règle de droit<sup>4</sup>. Cette règle de droit doit de plus être valide, soit au regard du partage des compétences<sup>5</sup>, soit au regard du texte habilitant<sup>6</sup>.

Les compétences législatives se trouvent, aux termes de la *Loi constitutionnelle de 1867*, partagées entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales. Ainsi, les atteintes à l'intégrité physique ou au droit de propriété les plus sérieuses, bref les comportements les plus répréhensibles, sont visés par le droit criminel canadien qui relève du Parlement fédéral<sup>7</sup> et est donc, en principe, d'application uniforme dans tout le pays. Toutefois, comme on le verra, dans l'appréciation du caractère criminel de la conduite, le tribunal sera appelé à prendre en considération les règles particulières contenues dans les législations provinciales et les règlements adoptés sous leur autorité. En effet, en vertu de la constitution canadienne, les provinces possèdent la compétence exclusive pour légiférer à l'égard des travaux de construction effectués sur leur territoire<sup>8</sup>. Elles peuvent également imposer des sanctions, de nature pénale, afin d'assurer le respect de leurs lois et de leurs règlements<sup>9</sup>. La spécificité du droit pénal de la construction se retrouve donc principalement dans les législations provinciales et varie en conséquence d'une province à l'autre. Au Québec, la législature a très largement exercé sa compétence de telle sorte que l'industrie de la construction est fortement contrôlée dans ses activités par un

- 
4. Ce principe est clairement énoncé à l'alinéa 11g) de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui fait partie intégrante de la Constitution canadienne. On le retrouve également à l'article 37 de la *Charte des droits et libertés de la personne* qui a une valeur quasi constitutionnelle dans les domaines de compétence législative provinciale au Québec.
  5. Voir: les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui régissent le partage des compétences.
  6. Au Québec, plusieurs délits résultent d'une contravention à un texte réglementaire. Comme les règlements constituent de la législation déléguée, il faudra donc un règlement pris par l'organisme compétent à cet égard et entrant dans le cadre de l'habilitation législative octroyée à cet organisme.
  7. *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(27).
  8. *Id.*, art. 92(10).
  9. *Id.*, art. 92(15).

ensemble complexe et rigide de normes qui engendre un régime spécifique de responsabilité pénale pour les constructeurs<sup>10</sup>.

Dans le présent exposé, nous tenterons de décrire l'étendue de la responsabilité pénale des constructeurs en droit canadien et québécois. Dans un premier temps, nous ferons un rappel des principes généraux de la responsabilité pénale en précisant, le cas échéant, les particularités ou les règles spécifiques au domaine de la construction pour ensuite examiner les principales catégories d'infractions pouvant être commises par un constructeur lors d'une entreprise de construction.

## **I- PRINCIPES GÉNÉRAUX DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU CONSTRUCTEUR**

### **A- Les principes généraux de l'incrimination**

#### **1. Le régime de responsabilité applicable**

En raison du partage des compétences, le droit canadien connaît deux types d'infractions: les infractions criminelles et les infractions dites «réglementaires». Cette dernière appellation a été donnée par la Cour suprême du Canada à toute infraction, fédérale ou provinciale, ne relevant pas de la

---

10. Aux fins du présent article, nous ne tiendrons compte que des principales lois et des règlements s'appliquant directement au domaine de la construction, excluant ainsi les lois d'application générale, telle la *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2, ou la *Loi concernant la taxe sur les carburants*, L.R.Q., c. T-1. Seules seront considérées les lois suivantes: *Loi sur les architectes*, L.R.Q., c. A-21; *Loi sur les ingénieurs*, L.R.Q., c. I-9; *Loi sur les installations en tuyauterie*, L.R.Q., c. I-12.1; *Loi sur les installations électriques*, L.R.Q., c. I-13.01; *Loi sur les maîtres électriciens*, L.R.Q., c. M-3; *Loi sur les maîtres mécaniciens de tuyauterie*, L.R.Q., c. M-4; *Loi sur la qualification professionnelle des entrepreneurs de construction*, L.R.Q., c. Q-1; *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'oeuvre dans l'industrie de la construction*, L.R.Q., c. R-20 (ci-après citée: «*Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction*»); *Loi sur la sécurité dans les édifices publics*, L.R.Q., c. S-3; *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., c. S-2.1.



compétence fédérale relative au droit criminel<sup>11</sup>. Dans le contexte du droit pénal de la construction, vu qu'il s'agit d'un domaine d'activités relevant de la compétence exclusive des provinces, cette appellation sera donc réservée aux infractions pénales provinciales.

Ces deux types d'infractions peuvent connaître l'un ou l'autre des trois régimes de responsabilité pénale élaborés par les tribunaux canadiens, à savoir: le régime de *mens rea*, celui de responsabilité stricte et enfin celui de responsabilité absolue<sup>12</sup>.

Afin de déterminer à quel régime de responsabilité appartient une infraction, il faut tout d'abord considérer le texte d'incrimination afin d'y rechercher l'intention du législateur. Dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*<sup>13</sup>, la Cour suprême du Canada a proposé la démarche à suivre pour identifier le régime de responsabilité applicable dans le cas où un texte est silencieux à cet égard.

Il faut d'abord qualifier l'infraction au plan du partage des compétences, c'est-à-dire déterminer s'il s'agit d'une infraction criminelle ou réglementaire. S'il s'agit d'une infraction criminelle, le silence du législateur devra s'interpréter dans le sens d'une exigence de *mens rea*. De façon générale, les infractions criminelles requièrent du ministère public la preuve d'une *mens rea*, c'est-à-dire d'un état d'esprit blâmable subjectif. Toutefois, le législateur écarte parfois cette exigence et y substitue un degré moindre de culpabilité, la négligence,

11. *R. c. Corporation de la Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299.

12. *Id.*, pp. 1325-1326: «1. Les infractions dans lesquelles la *mens rea*, qui consiste en l'existence réelle d'un état d'esprit, comme l'intention, la connaissance, l'insouciance, doit être prouvée par la poursuite soit qu'on puisse conclure à son existence vu la nature de l'acte commis, soit par preuve spécifique. 2. Les infractions dans lesquelles il n'est pas nécessaire que la poursuite prouve l'existence de la *mens rea*; l'accomplissement de l'acte comporte une présomption d'infraction, laissant à l'accusé la possibilité d'écarter sa responsabilité en prouvant qu'il a pris toutes les précautions nécessaires. Ceci comporte l'examen de ce qu'une personne raisonnable aurait fait dans les circonstances. Ces infractions peuvent être à juste titre appelées des *infractions de responsabilité stricte* (...) 3. Les *infractions de responsabilité absolue* où il n'est pas loisible à l'accusé de se disculper en démontrant qu'il n'a commis aucune faute.» [Les italiques sont de nous.]

13. *Id.*, Voir: Jacques FORTIN et Louise VIAU, *Traité de droit pénal général*, Montréal, Les Éditions Thémis inc., 1982, n<sup>o</sup>. 87-90, pp. 91-106.

qui consiste en un manquement aux normes de conduite applicables à la personne raisonnable.

Dans l'hypothèse où l'infraction appartient à la seconde catégorie, celle des infractions réglementaires, il faut alors déterminer si elle est de *mens rea*, de responsabilité stricte ou de responsabilité absolue. L'infraction de responsabilité stricte repose sur une conduite négligente tandis que l'infraction de responsabilité absolue est consommée dès lors que la conduite prohibée a lieu, sans égard à l'état d'esprit de son auteur. Il existe d'ailleurs une présomption jurisprudentielle à l'effet que les infractions réglementaires relèvent de la catégorie des infractions de responsabilité stricte<sup>14</sup>. En effet, pour qu'elles soient considérées comme une infraction de *mens rea*, il faut retrouver dans le libellé du texte législatif, les mots «volontairement», «avec l'intention de» ou «sciemment». Par ailleurs, toute exigence d'un état d'esprit blâmable peut être écartée si le législateur indique clairement et expressément que la culpabilité suit la simple preuve de l'accomplissement de l'acte prohibé.

Depuis l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'analyse se raffine encore puisqu'il faut également s'interroger sur la compatibilité de toute infraction qui écarte la *mens rea* avec son article 7 qui édicte que:

*Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.*

Appelée à interpréter l'impact de cette disposition, la Cour suprême du Canada a jugé qu'était contraire à l'article 7 un texte de loi prévoyant une responsabilité absolue et comportant une possibilité d'emprisonnement<sup>15</sup>. Par la suite, elle a statué que certaines infractions, tel le meurtre, sont tellement sérieuses

---

14. Voir, par exemple, *Construction Bouladier Ltée c. Office de la construction du Québec*, [1985] C.A. 505; *Savard c. R.*, DTE 85T-469 (C.S.); *Bot Québec Ltée c. Office de la construction du Québec*, DTE 88T-68 (C.A.).

15. Renvoi: *Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486.

qu'elles comportent obligatoirement l'exigence d'un état d'esprit subjectif<sup>16</sup>. Mentionnons qu'en droit pénal québécois, il faut également songer aux articles 1 et 24 de la *Charte des droits et libertés de la personne* qui accordent une protection similaire à celle de l'article 7 de la charte canadienne<sup>17</sup>.

## 2. La responsabilité du fait d'autrui et la responsabilité des corporations

Si le principe *respondeat superior* n'est pas retenu en droit criminel canadien, une personne n'engageant sa responsabilité qu'en fonction de ses propres agissements<sup>18</sup>, en revanche, les infractions réglementaires ont historiquement donné lieu à l'imposition d'une responsabilité pour le fait d'autrui<sup>19</sup>. La nature de ces infractions de même que le régime de responsabilité qui leur était applicable semble expliquer la chose. Rappelons en effet

16. *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Rodney*, [1990] 2 R.C.S. 687; *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731. En *obiter dictum*, dans ce dernier arrêt, l'honorable juge Lamer, juge en chef du Canada, a indiqué que le vol, quelle qu'en soit la gravité, comporte une *mens rea* de ce type vu les stigmates qui s'attachent à une condamnation pour vol. Bien que le vol n'ait été mentionné qu'à titre d'exemple, on peut néanmoins penser que toutes les infractions faisant appel à la malhonnêteté, qu'il s'agisse de fraude (art. 380 C.cr.), de commissions secrètes (art. 426 C.cr.) ou d'abus de confiance (art. 121, 122 et 123 C.cr.) qui, de par leur libellé, comportent une telle exigence de *mens rea* ne pourraient de toute manière en faire abstraction.
17. *Ville de Laval c. Eymard*, [1979] R.L. 181 (C. Mun., Ville de Laval); *Protection de la jeunesse*-193, [1986] R.J.Q. 736 (C.S.).
18. Notons, toutefois, que les règles de la participation criminelle énoncées aux articles 21 et 22 C.cr. étendent la responsabilité bien au-delà du seul auteur réel. En effet, du point de vue de la culpabilité, aucune distinction n'est faite entre celui-ci et les autres parties à l'infraction, telles le complice par aide ou encouragement, le co-conspirateur ou l'incitateur. Sur cette question, voir: Jacques FORTIN et Louise VIAU, *op. cit.*, note 13, c. IX (pp. 371 et suiv.).
19. Comme le font remarquer les auteurs John C. SMITH et Brian HOGAN, *Criminal Law*, 6<sup>e</sup> éd., Londres, Butterworths, 1988, p. 163 note 17: «*Dicta to the effect that an offence of strict liability (c'est le vocable qui désigne ce qu'on appelle actuellement en droit canadien la responsabilité absolue) necessarily imposes vicarious liability are not difficult to find.*» (cet énoncé est suivi de plusieurs références jurisprudentielles); voir également: Glanville WILLIAMS, *Criminal Law, The General Part*, 2<sup>e</sup> éd., Londres, Stevens & Sons Limited, 1961, c. 7, pp. 266 et suiv.; Don STUART, *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto, The Carswell Company Limited, 1987, pp. 522-527.

que jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada rende l'arrêt *Sault Ste-Marie* en 1978, le régime de responsabilité absolue était le seul régime de responsabilité applicable aux infractions réglementaires lorsque le tribunal concluait à l'intention du législateur d'écarter la *mens rea*. Rappelons également que le principe *respondeat superior* est un concept élaboré en responsabilité civile délictuelle<sup>20</sup>. Certains auteurs qualifiant les infractions réglementaires d'infractions «essentiellement de nature civile et [qui] pourraient être considérées comme une branche du droit administratif»<sup>21</sup>, on comprend pourquoi les tribunaux ont pu importer un tel concept de droit civil pour ce type d'infractions.

En ce qui a trait à la responsabilité des personnes morales, la juxtaposition du principe *respondeat superior* et de la responsabilité absolue a très tôt permis de retenir la responsabilité des corporations accusées d'une infraction réglementaire. Il suffisait en l'occurrence d'établir qu'un employé de la corporation avait commis une telle infraction dans l'exercice de ses fonctions pour que l'employeur-personne morale en soit reconnu coupable au même titre que l'aurait été l'employeur-personne physique. Bien que le fondement traditionnel de la responsabilité des personnes morales accusées d'une infraction de responsabilité absolue ait été mis en doute par la Cour suprême du Canada dans un jugement récent, le fait de cette responsabilité paraît incontestable<sup>22</sup>.

Par ailleurs, la possibilité d'imposer une responsabilité criminelle à la personne morale a pendant longtemps été mise en doute étant donné que

---

20. Jacques FORTIN et Louise VIAU, *op. cit.*, note 13, p. 372.

21. Gisèle CÔTÉ-HARPER, Antoine MANGANAS et Jean TURGEON, *Droit pénal canadien*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1989, p. 352. Lorsque nous étudierons les infractions provinciales qui ont été élaborées pour atteindre les objectifs de sécurité que nous avons évoqués ci-haut, nous verrons qu'un tel qualificatif n'est pas exagéré.

22. Selon la Cour suprême, il ne serait pas utile de recourir à cette théorie dans le cas des infractions de responsabilité absolue car la corporation agit par les personnes physiques qui la composent et est ainsi responsable, directement et automatiquement, des infractions de responsabilité absolue qu'elles commettent: *Canadian Dredge & Dock Co. Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662, p. 674. Pour une application en droit de la construction, voir *Marcel Laforest et associés Inc. c. Ordre des architectes du Québec*, J.E. 88-189 (C.A.).

l'infraction criminelle comporte généralement l'exigence d'un état d'esprit subjectif, la *mens rea*. Or comment concevoir qu'une société puisse penser?

C'est encore une fois par un emprunt au droit civil qu'on a pu retenir la responsabilité criminelle des corporations<sup>23</sup>. Le droit de la responsabilité civile avait en effet élaboré une théorie, la théorie de l'*alter ego* ou théorie de l'identification<sup>24</sup>, aux termes de laquelle on imputait à la corporation la faute d'une personne physique qui en était l'âme dirigeante<sup>25</sup>. Ainsi, le principe selon lequel une personne engage sa responsabilité pour ses propres actes et non pour ceux d'autrui s'en trouve-t-il respecté<sup>26</sup>.

Quant aux infractions de responsabilité stricte, les tribunaux semblent vouloir adopter une solution de compromis quant au régime de la responsabilité des corporations suivant laquelle le ministère public n'aurait pas à faire appel à la théorie de l'identification afin d'établir qu'une personne morale a

- 
23. Voir l'excellente étude historique et comparative de la responsabilité criminelle des corporations faite par le juge Estey dans l'arrêt *Canadian Dredge & Dock Co. Ltd. c. La Reine*, précité, note 22. Voir aussi J. Fortin et L. Viau, *op. cit.*, note 13, c. IX; E.G. EWASCHUK, «Corporate Criminal Liability and Related Matters», (1975) 29 C.R.N.S. 44; Michael W. CAROLINE, «Corporate Criminality and the Courts: Where are They Going?», (1984-85) 27 *Crim. L. Q.* 237, pp. 240-248.
24. Bien que l'on ait traditionnellement qualifié cette théorie de théorie de l'*alter ego*, la Cour suprême du Canada, à l'instar de la Chambre des Lords anglaise, privilégie l'appellation de théorie de l'identification: voir: *Canadian Dredge & Dock Co. Ltd. c. R.*, précité, note 22 qui cite avec approbation l'arrêt *Tesco Supermarket Ltd. c. Natrass*, [1972] A.C. 153.
25. On entend par «âme dirigeante» les personnes dont la fonction au sein de l'entreprise est telle qu'elles ne reçoivent, dans l'exécution de leurs fonctions, aucun ordre ou aucune directive d'un supérieur hiérarchique. Il s'agit en fait de personnes qui, par délégation du conseil d'administration, exercent l'autorité dans un secteur d'activité d'une façon autonome: *Tesco Supermarkets Ltd. c. Natrass*, précité note 24. Cet arrêt de la Chambre des Lords a été cité avec approbation par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, précité note 11, p. 1331 ainsi que dans les arrêts *R. c. N.M. Paterson and Sons*, [1980] 2 R.C.S. 679, pp. 684 à 686 et dans l'arrêt *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, précité note 22, p. 685.
26. *Canadian Dredge & Dock Co. Ltd. c. La Reine*, précité, note 22, p. 692. Voir aussi: Jacques FORTIN et Louise VIAU, *op. cit.*, p. 345.

commis l'infraction reprochée<sup>27</sup>. Cependant cette dernière pourrait démontrer sa diligence raisonnable en établissant que l'infraction a été commise à l'insu de la personne physique qui en est l'âme dirigeante et en dépit des mesures préventives mises en place pour éviter sa commission<sup>28</sup>.

En pratique, notons toutefois que ces questions se posent peu puisque le législateur québécois énonce de façon précise les modalités de la responsabilité pénale des employeurs et des personnes morales en ce qui a trait aux infractions réglementaires<sup>29</sup>. En conséquence, pour ces infractions, il n'est

27. Voici comment s'exprime sur ce point le juge Estey rendant le jugement de la Cour dans l'arrêt *Canadian Dredge & Dock Co. Ltd. c. La Reine*, précité, note 22, p. 674: «Lorsque la terminologie utilisée par le législateur est de nature à traduire une intention de ne pas faire reposer la culpabilité sur la violation automatique de la loi, mais plutôt sur une preuve de l'*actus reus*, il y a, sous réserve du moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable, infraction de responsabilité stricte. Voir l'arrêt *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [précité, note 11]. Comme dans le cas d'une infraction de responsabilité absolue, il importe peu que l'accusé soit ou non une personne morale parce qu'il s'agit d'une responsabilité directe qui découle des termes de la loi. Cette responsabilité ne dépend pas de l'imputation à l'accusé des méfaits d'autrui. Elle se présente lorsque la loi, selon une interprétation correcte, révèle clairement que le législateur a envisagé une culpabilité découlant directement d'une infraction à la loi elle-même, sous réserve du moyen de défense de portée restreinte mentionné ci-dessus. À cet égard, la situation de la personne morale et celle de la personne physique sont identiques. Dans l'un et l'autre cas, il s'agit d'une responsabilité directe et non pas d'une responsabilité du fait d'autrui.»
28. *R. c. Corporation de la ville de Sault Ste-Marie*, précité note 11, p. 1331. Pour une critique de cette approche, voir: Louise VIAU, «Les éléments essentiels et la charge de la preuve des infractions criminelles et réglementaires», (1988) 33 R.D. McGill 555, p. 571.
29. Voir par exemple: *Loi sur la qualification professionnelle des entrepreneurs de construction*, précitée, note 10, art. 68; *Loi sur les maîtres mécaniciens en tuyauterie*, précitée note 10, art. 20; *Loi sur les architectes*, précitée, note 10, art. 15; *Loi sur les ingénieurs*, précitée, note 10, art. 22; *Loi sur les maîtres électriciens*, précitée, note 10, art. 21; *Loi sur les installations de tuyauterie*, précitée, note 10, art. 15.1; *Loi sur les installations électriques*, précitée, note 10, art. 31.1; *Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction*, précitée, note 10, art. 120; *Loi sur la sécurité dans les édifices publics*, précitée, note 10, art. 35; *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, précitée, note 10, art. 236 à 242. Mentionnons cependant que dans la plupart des cas la personne morale doit être habilitée par une personne physique. Voir, par exemple, les art. 30 et suiv. de la *Loi sur la qualification professionnelle des entrepreneurs de construction*, précitée, note 10. Voir également: *Régie des entreprises en construction du Québec c. Cuisines Lasalle Côte St-Luc Inc.*, DTE 89T-128 (C.Q.).

généralement pas nécessaire de recourir aux règles jurisprudentielles. C'est donc uniquement dans le contexte d'une poursuite criminelle, qu'il y a lieu de s'interroger sur les modalités de la responsabilité des personnes morales.

## **B- Les principes généraux de la répression**

Avant de traiter des principes généraux de la répression, il importe de mentionner que, bien qu'il existe au Québec un mode de poursuite pour sanctionner toutes contraventions aux normes établies en matière de construction, le législateur a, de manière significative, privilégié la prévention à la répression<sup>30</sup>. Ainsi, les diverses lois applicables mettent en place un système de permis, de certificat et d'inspection obligeant les constructeurs à remédier à la violation des règles au fur et à mesure que s'exécutent les travaux; les poursuites pénales étant, dans la plupart des cas, le recours de dernier ressort.

### **1. Les grandes règles procédurales**

#### *a) La compétence des tribunaux*

Précisons tout d'abord que l'attribution de compétence au tribunal canadien repose principalement sur la règle de l'application territoriale du droit et non sur celle de la nationalité du contrevenant. Ainsi, dans l'hypothèse où une société canadienne aurait commis une infraction criminelle sur le territoire d'un État étranger, les tribunaux canadiens n'auraient pas compétence pour entendre l'affaire<sup>31</sup>. Toutefois, si l'infraction en cause est un complot, il

30. Sur ce sujet, voir: C. Moffet, «La responsabilité pénale des constructeurs en droit statutaire québécois», Travaux de l'Association Henri Capitant, tome 42, Paris, Economica, 1991.

31. Art. 6(2) C. cr. Dans la mise en oeuvre de ses engagements internationaux, le Parlement canadien a édicté bon nombre d'exceptions à cette règle (voir l'art. 7 C.cr.). Toutefois une seule d'entre elles serait indirectement susceptible de s'appliquer au domaine de la construction. Il s'agit de celle prévue au paragraphe 7(4) C.cr. qui permet de poursuivre au Canada tout employé de la fonction publique qui, à l'étranger, aurait commis un acte qui serait, tant selon le droit étranger que selon le droit canadien, un acte criminel. Comme nous le verrons plus loin, les grands ouvrages publics peuvent donner lieu à des infractions de fraude envers le gouvernement (art. 121 C.cr.) ou d'abus de confiance par un fonctionnaire public (art. 122 C.cr.).

suffirait que l'entente ait été conclue au Canada ou encore que son objet porte sur la commission d'une infraction criminelle au Canada pour que les tribunaux canadiens puissent s'en saisir<sup>32</sup>. Le *Code criminel* précise toutes les règles d'attribution de compétence aux différents tribunaux en fonction de la gravité de l'infraction et du lieu de sa commission ou de l'arrestation du contrevenant. Comme les infractions criminelles dont nous discuterons dans des activités de construction ne comportent aucune particularité, il n'y a pas lieu de nous étendre sur ce sujet par ailleurs relativement complexe<sup>33</sup>.

Quant aux infractions de droit provincial, il va sans dire que celles-ci n'ont aucune portée extraprovinciale. Au Québec, outre les matières concernant la santé et la sécurité du travail<sup>34</sup>, le tribunal compétent pour entendre les plaintes pénales de même que la procédure à suivre sont déterminés par le *Code de procédure pénale*<sup>35</sup>, lequel est d'application générale en matière de droit pénal statutaire<sup>36</sup>. En vertu de ce code, la Cour du Québec ou une Cour municipale, dans les limites de leur compétence respective, peuvent entendre les litiges concernant la responsabilité pénale des constructeurs<sup>37</sup>. Ainsi, pour les infractions prévues dans une loi provinciale ou un règlement, le tribunal compétent sera la Cour du Québec alors que pour l'application de la réglementation municipale, les accusations devront être portées devant la Cour municipale ayant juridiction sur le territoire où a eu lieu l'infraction reprochée. Toutefois, quel que soit le tribunal compétent, la procédure suivie sera identique.

---

32. Voir l'art. 465 C.cr.

33. Sur ce sujet, voir: Roger E. SALHANY, *Canadian Criminal Procedure*, 5e éd. Toronto, Canada Law Book Inc., 1989.

34. *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, précitée, note 10, art. 244. Cet article réfère au Tribunal du travail. Voir également l'art. 370 du *Code de procédure pénale*, précité, note 35.

35. L.Q. 1987, c. 96 [deviendra le chapitre C-25.1 des L.R.Q.].

36. *Ibid.*, art. 1.

37. *Code de procédure pénale*, précité, note 35, art. 3; *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., c. C-19, art. 620; *Loi sur les cours municipales*, L.R.Q., c. C-72.



b) *L'initiative de la poursuite*

En droit criminel canadien, sauf à l'égard de quelques rares infractions pour lesquelles la poursuite ne peut être intentée qu'avec le consentement du procureur général, toute personne peut mettre en branle le processus de répression pénale en s'adressant directement au tribunal si le ministère public ne le fait pas et ce, sans égard au fait qu'elle ait ou non été victime du crime<sup>38</sup>. Toutefois, en pratique, il est plutôt rare que le ministère public se désintéresse d'une affaire s'il existe des preuves suffisantes pour justifier le déclenchement de la poursuite.

Quant aux poursuites pénales provinciales, l'initiative des procédures appartient soit à l'inspecteur ayant constaté l'infraction, soit à la corporation professionnelle ou de métier concernée, soit encore au Procureur général<sup>39</sup>. Dans certains cas, toute personne intéressée pourra également engager la poursuite<sup>40</sup>.

- 
38. Art. 504 C.cr. La tenue d'une pré-enquête sera toutefois plus fréquente dans un tel cas: art. 507 C.cr. Le but d'une telle procédure présidée par un juge de paix consiste à vérifier s'il est justifié d'émettre une sommation ou un mandat d'arrestation en vue de contraindre l'accusé à comparaître devant le tribunal pour répondre à l'inculpation.
39. *Loi sur les architectes*, précitée, note 10, art. 19; *Loi sur les ingénieurs*, précitée, note 10, art. 12, 23; *Loi sur les installations de tuyauterie*, précitée, note 10, art. 19; *Loi sur les installations électriques*, précitée, note 10, art. 36; *Loi sur les maîtres électriciens*, précitée, note 10, art. 22; *Loi sur les maîtres mécaniciens en tuyauterie*, précitée, note 10, art. 21; *Loi sur la qualification professionnelle des entrepreneurs de construction*, précitée, note 10, art. 73; *Loi sur les relations de travail dans l'industrie de la construction*, précitée, note 10, art. 121; *Loi sur la sécurité dans les édifices publics*, précitée, note 10, art. 37; *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, précitée, note 10, art. 242. Voir également: *Office de la construction du Québec c. Bielen*, DTE 86T-589 (C.S.P.). Mentionnons de plus que la personne qui engage la poursuite pénale pour un organisme habilité à intenter de telles poursuites doit prouver son mandat: *Lalonde c. J.A. Dion Inc.*, DTE 88T-387 (C.S.P.).
40. *Loi sur les maîtres électriciens*, précitée, note 10, art. 22; *Loi sur les maîtres mécaniciens en tuyauterie*, précitée, note 10, art. 21.

c) *La prescription du droit de poursuite*

Le concept de prescription est à toutes fins utiles inconnu en droit criminel canadien lorsqu'il s'agit des crimes les plus sérieux, c'est-à-dire ceux que le législateur qualifie d'actes criminels. Par ailleurs, les infractions criminelles faisant l'objet d'une poursuite sommaire se prescrivent par six mois à compter du fait en cause<sup>41</sup>. De toutes les infractions criminelles classiques susceptibles d'être commises dans le cadre d'une entreprise de construction, seule la fraude pourrait faire l'objet d'une poursuite sommaire. Mais encore faudrait-il que la valeur de l'objet de l'infraction ne dépasse pas mille dollars<sup>42</sup>, ce qui sera plutôt rare.

Notons toutefois que le droit à un procès dans un délai raisonnable garanti par l'alinéa 11(b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* a pour effet de limiter dans une certaine mesure le délai de poursuite<sup>43</sup>.

À l'instar des infractions sommaires fédérales, les délits prévus dans les lois québécoises sont sujets à la prescription. Le délai dont jouit le poursuivant pour entamer des procédures varie, suivant les lois, de six mois à un an à compter de la connaissance du fait reproché<sup>44</sup>. Pour ces infractions, il est également possible d'invoquer l'alinéa 11(b) de la charte canadienne pour le délai survenu entre la dénonciation et le procès. Ce droit au procès dans un délai raisonnable est aussi garanti à l'article 32.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>45</sup>, lequel pourra également être invoqué lors d'une poursuite pour une infraction réglementaire.

41. Art. 786(2) C.cr.

42. Art. 380(1) C.cr. *in fine*.

43. *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *W.K.L. c. La Reine*, [1991] 1 R.C.S. 1091.

44. *Loi sur les installations de tuyauterie*, précitée, note 10, art. 19 (4) (1 an); *Loi sur les installations électriques*, précitée, note 10, art. 36, par. 3 (1 an); *Loi sur les maîtres électriciens*, précitée, note 10, art. 23 (6 mois); *Loi sur les maîtres mécaniciens en tuyauterie*, précitée, note 10, art. 21.2 (6 mois); *Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction*, précitée, note 10, art. 109.1 (1 an); *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, précitée, note 10, art. 245 (1 an).

45. *Office de la construction du Québec c. Réal Caissy Inc.*, DTE 88T-220 (C.S.P.).

Toutefois, avant d'intenter une poursuite, certaines lois prévoient l'envoi par la poste d'un avis préalable décrivant l'infraction et spécifiant l'amende minimale et le montant des frais. Le paiement du montant requis dans l'avis empêche la poursuite pénale mais l'inculpé sera considéré comme ayant été déclaré coupable<sup>46</sup>. Cette présomption ne pourra cependant être invoquée comme étant une admission de responsabilité civile<sup>47</sup>. Il importe d'ailleurs de mentionner que le défaut de transmettre cet avis constitue une fin de non-recevoir à la dénonciation en cas de poursuite<sup>48</sup>.

*d) Les règles de procédure et de preuve*

Bien que les condamnations en matière de délit de construction soient relativement nombreuses, à tout le moins en ce qui concerne les violations du droit pénal québécois, peu de jugements ont fait l'objet de publication dans les divers recueils de jurisprudence. Néanmoins, la doctrine et les quelques jugements rapportés nous permettent de constater que la jurisprudence élaborée en matière de délit de construction ne se distingue pas des autres domaines du droit pénal, du moins en ce qui concerne les règles relatives à la dénonciation, à l'interprétation des textes d'incrimination, au fardeau et aux règles de preuve.

Ainsi, suivant les règles générales applicables en matière pénale<sup>49</sup>, la dénonciation devra permettre à l'accusé d'être informé de l'infraction qui lui

---

46. *Loi sur les installations de tuyauterie*, précitée, note 10, art. 15.3; *Loi sur la sécurité dans les édifices publics*, précitée, note 10, art. 38; *Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction*, précitée, note 10, art. 9.2; *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, précitée, note 10, art. 243.1. Voir également une procédure similaire dans les lois suivantes: *Loi sur les maîtres électriciens*, précitée, note 10, art. 21.3 à 21.6; *Loi sur les maîtres mécaniciens en tuyauterie*, précitée, note 10, art. 20.3 à 20.6; *Loi sur la qualification professionnelle des entrepreneurs de construction*, précitée, note 10, art. 72.1 à 72.4. Notons que ces dispositions ne s'appliquent pas en cas de récidive ou lorsque la poursuite est intentée par une personne intéressée.

47. *Ibid.*

48. *Office de la construction du Québec c. Laplante*, J.E. 85-736 (C.S.P.).

49. Voir généralement: Jacques FORTIN et Louise VIAU, *op. cit.*, note 13 et plus particulièrement p. 30-34, 66-68, 100 à 156, 343 et 371-386; Gisèle CÔTÉ-HARPER, Antoine MANGANAS et Jean TURGEON, *op. cit.*, note 21, p. 343-366.

est imputée<sup>50</sup>, les textes créateurs d'infraction seront presque toujours interprétés strictement<sup>51</sup> et, en cas d'ambiguïté, le doute bénéficiera à l'accusé<sup>52</sup>. Toutefois, ce principe d'interprétation restrictive cédera parfois le pas devant l'article 41 de la *Loi d'interprétation*<sup>53</sup> du Québec qui prévoit que toute loi, même pénale, est réputée avoir pour but de remédier à quelque abus ou de procurer quelque avantage et qu'elle doit recevoir une interprétation large et libérale qui assure l'accomplissement de son objet<sup>54</sup>.

e) *L'interdiction des condamnations multiples*

Il est une règle procédurale qui mérite que nous nous y attardions. Il s'agit de la règle interdisant la double incrimination. Cette règle, qui a été formulée par la Cour suprême dans l'arrêt *Kienapple c. R.*<sup>55</sup>, empêche qu'un individu ne soit trouvé coupable de deux infractions qui lui reprochent exactement les mêmes faits suivant la même preuve<sup>56</sup>. Bien qu'élaborée dans

- 
50. *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Bilodeau*, [1986] R.J.Q. 2302 (C.A.); *Construction et pavage Portneuf Inc. c. Office de la construction du Québec*, DTE 86T-106 (C.S.); *P.G. du Québec c. Warin*, DTE 89T-757 (C.Q.); *P.G. du Québec c. Dubois*, J.E. 90-1116, DTE 90T-1307 (C.S.); *Carrelex Inc. c. Office de la construction du Québec*, DTE 88T-534 (C.S.).
  51. *Corporation des maîtres-mécaniciens en tuyauterie du Québec c. Binette*, J.E. 81-864 (C.S.); *Office de la construction du Québec c. Construction Dunn & Benoit Canada Inc.*, DTE 87T-963 (C.S.P.); *Hervé Pomerleau Inc. c. Office de la construction du Québec*, J.E. 87-637 (C.A.); *Commission de la construction du Québec c. F.L. Metal Inc.*, DTE 88T-71 (C.S.P.); *Régie des entreprises de construction du Québec c. Tours de communication Leblanc et Royle Ltée*, DTE 85T-73 (C.S.P.).
  52. *Ordre des ingénieurs du Québec c. Lionel Electric Inc.*, J.E. 83-1087 (C.A.); *Régie des entreprises de construction du Québec c. Nadeau*, [1982] C.S.P. 1087; *Régie des entreprises en construction du Québec c. Maintenance Colette Inc.*, [1985] C.A. 536; *P.G. du Québec c. Construction J.B. St-Pierre*, DTE 90T-1307 (C.Q.).
  53. L.R.Q., c. I-16.
  54. *P.G. du Québec c. Vito Électrique Inc.*, [1990] R.J.Q. 2732 (C.Q.).
  55. [1975] 1 R.C.S. 729.
  56. *Ibid.*, voir également: *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480. L'interprétation que la Cour suprême a donnée à l'alinéa 11(h) de la *Charte canadienne des droits et libertés* permet de conclure que cette règle constitue désormais un droit constitutionnel. Notons toutefois que les cas d'application de celle-ci sont plutôt rares comme l'illustrent les arrêts suivants: *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *R. c. Van Rassel*, [1990] 1 R.C.S. 225; *R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3.

le contexte d'une poursuite criminelle, cette règle reçoit également application en droit québécois<sup>57</sup>. Ainsi, lorsqu'une personne se voit reprocher deux fois la même infraction aux termes de deux lois différentes, les tribunaux empêcheront la double condamnation<sup>58</sup>. Toutefois, la règle ne peut être invoquée afin d'empêcher qu'une personne accusée d'un délit prévu par le droit provincial ne fasse également l'objet d'une poursuite criminelle<sup>59</sup>.

f) *Le privilège de l'informateur de police*

Tout comme pour les règles de procédure, les règles de preuve usuelles s'appliquent généralement aux litiges issus de délits de construction, le droit québécois faisant largement appel à cet égard aux règles élaborées par la *common law*. L'application de l'une d'entre elles, à savoir le privilège touchant l'identité de l'informateur de police, aurait pu être contestée dans le contexte du droit pénal provincial<sup>60</sup>. Le milieu de la construction étant un milieu bien particulier, le législateur québécois a donc pris soin de protéger les personnes qui, au courant d'infractions commises, décideraient d'en informer les autorités en portant des plaintes à l'égard des contrevenants. À cette fin, les lois régissant le secteur de la construction contiennent des dispositions à l'effet qu'aucune preuve ne pourra être reçue par la Cour si elle est de nature à permettre l'identification de l'informateur<sup>61</sup>.

g) *La preuve du droit étranger*

Mentionnons enfin que dans tous les cas où la preuve de la commission de l'infraction ou la preuve d'un moyen de défense exige l'interprétation du droit étranger, les règles de preuve canadiennes sont à l'effet que les juges

57. Voir: *Office de la construction du Québec c. Service d'arbres Guimont Inc.*, DTE 87T-82 (C.S.P.).

58. *Grimard c. Régie des entreprises de construction du Québec*, [1986] R.J.Q. 918 (C.S.).

59. Voir par analogie les arrêts *Wigglesworth* et *Shubley*, précités, note 56.

60. Ce privilège a été reconnu en droit canadien dans l'arrêt *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, en tant que corollaire de la compétence du Parlement fédéral sur le droit criminel et l'article 308 C.p.c. pourrait en limiter l'application en droit pénal provincial.

61. Voir notamment, *Loi sur les installations de tuyauterie*, précitée, note 10, art. 19 (3); *Loi sur les installations électriques*, précitée note 10, art. 36, par. 4; *Loi sur la qualification professionnelle des entrepreneurs de construction*, précitée, note 10, art. 74.

n'ont pas une connaissance d'office de la législation étrangère à l'exception des «lois du Parlement impérial»<sup>62</sup>. Cependant le droit étranger peut être prouvé par le témoignage d'un expert<sup>63</sup>.

## 2. Le régime des peines

Tant le législateur, par l'arsenal des peines qu'il met à la disposition du tribunal, que le juge, qui est appelé à imposer la peine la plus appropriée, doivent s'interroger sur les sanctions les plus susceptibles d'assurer l'efficacité des dispositions législatives à caractère pénal touchant le domaine de la construction.

À vrai dire, dans le contexte canadien, la question se pose principalement au regard du droit pénal réglementaire puisque, comme nous l'avons indiqué au début de notre exposé, la majorité des infractions de construction proprement dites sont édictées par des lois de type réglementaire. Néanmoins quelques observations s'imposent également en regard du droit criminel.

### a) *Les peines en droit criminel*

Bien que l'amende soit la seule peine disponible dans le cas où une infraction criminelle est commise par une personne morale<sup>64</sup>, il n'y a pas lieu d'en conclure qu'elle bénéficie à cet égard d'un traitement de faveur par rapport à la personne physique qui aurait commis la même infraction. En effet, de plus en plus, les autorités canadiennes mettent en doute l'efficacité de l'emprisonnement comme mesure de sanction<sup>65</sup>. Les coûts exorbitants de

62. *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5, art. 17. Le lecteur aura compris qu'il s'agit des lois britanniques. C'est là une réminiscence de notre passé colonial.

63. Voir: Jacques BELLEMARE et Louise VIAU, *Droit de la preuve pénale*, Mémentos Thémis, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Les Éditions Thémis Inc., 1991, pp. 57-58.

64. Art. 719 C.cr.

65. Voir: *Des responsabilités à assumer: Rapport du Comité permanent de la justice et du solliciteur général sur la détermination de la peine, la mise en liberté sous condition et d'autres aspects du système correctionnel* (Rapport Daubney), Chambre des Communes, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, Fascicule no 65, août 1988, 332 p. Voir également le document de consultation publique sur la détermination de la peine préparé par le gouvernement fédéral: *Vers une réforme: La détermination de la peine*, Approvi-

cette mesure de même que la pénurie de places disponibles dans les institutions carcérales amènent les tribunaux à faire preuve de modération. Lorsque d'autres sanctions peuvent s'avérer également efficaces tant pour manifester la réprobation sociale face au crime commis que comme mesure de dissuasion, générale et individuelle, elles seront appliquées<sup>66</sup>. C'est ainsi que les crimes dits de «col blanc», tels que la fraude ou l'abus de confiance, seront généralement sanctionnés par des amendes sévères plutôt que par des peines d'emprisonnement<sup>67</sup>. Il va sans dire toutefois qu'en cas de non-paiement de l'amende, d'autres mesures pourront être envisagées telles les travaux compensatoires<sup>68</sup> et l'emprisonnement<sup>69</sup> pour la personne physique et la saisie-exécution pour la personne morale<sup>70</sup>.

---

sionnements et Services Canada, 1990, 71 p.

66. Encore récemment, la Cour d'appel du Québec a réitéré que le tribunal ne devait pas recourir à l'emprisonnement dans le cas d'un délinquant primaire à moins que la gravité de l'infraction ou les circonstances de sa commission soient telles qu'aucune autre sanction ne serait appropriée: *Biron c. R.*, C.A.Q. 500-10-000206-886, jugement unanime du 19 février 1991. La Cour d'appel citait alors avec approbation les arrêts suivants de la Cour d'appel d'Ontario: *R. c. Stein* (1974) 15 C.C.C. (2<sup>e</sup> série) 376; *R. c. Bates*, (1977) 32 C.C.C. (2<sup>e</sup> série) 493.

67. À titre d'exemples, citons le cas du président du comité exécutif de la ville de Montréal qui avait accepté un pot-de-vin important (la construction d'une résidence secondaire) d'un entrepreneur en construction qui, en contre-partie, s'est vu octroyer des contrats importants dans le cadre de la construction des installations nécessaires à la tenue des Jeux Olympiques d'été de 1976. Le fonctionnaire Niding s'est vu imposer des amendes totalisant 75 000\$ tandis que l'entrepreneur Trudeau a été condamné à 100 000\$. Les accusations d'abus de confiance qui leur étaient reprochées comportant des peines d'emprisonnement d'une durée maximale de cinq ans, le tribunal pouvait imposer une «amende en sus, mais non au lieu, de toute autre peine autorisée» (art. 718(2) C.cr.). Une peine symbolique d'un jour d'emprisonnement assortissait donc ces condamnations: *R. c. Niding*, [1984] C.S.P. 1008; *Trudeau c. R.*, J.E. 84-329 (C.S.P.).

68. Art. 718.1 C.cr.

69. Art. 718(3) C.cr.

70. Art. 720 C.cr.

Au surplus, bien que la procédure criminelle canadienne ne prévoit pas la constitution de partie civile, le tribunal peut néanmoins prononcer une ordonnance de dédommagement qui s'ajoute à l'amende imposée<sup>71</sup>.

Notons enfin que toute personne physique ou morale qui s'est rendue coupable d'une fraude envers le gouvernement se voit frappée d'une incapacité de s'engager par contrat avec le gouvernement<sup>72</sup>.

b) *Les peines en droit pénal québécois*

Tout comme en matière criminelle, en droit québécois, les peines diffèrent selon que l'accusé est une personne physique ou une personne morale<sup>73</sup>. En effet, le montant maximal de l'amende est parfois fixé à 1 000\$ pour une personne physique alors qu'il est du double pour les personnes morales. Certaines lois prévoient cependant des peines moins sévères alors que d'autres, notamment la *Loi sur les ingénieurs*<sup>74</sup>, prévoient une amende pouvant atteindre 10 000\$ lorsqu'une personne est reconnue coupable d'avoir utilisé, pour des travaux relevant de la compétence exclusive des ingénieurs, des plans et devis non signés et scellés par un membre de l'Ordre<sup>75</sup>. De plus,

---

71. Voir les articles 725, 726 et 737(2)(e) C.cr. Dans une affaire récente de fraude portant sur des transactions immobilières visant à faire monter artificiellement le prix de vente d'un terrain convoité par une entreprise qui souhaitait s'y établir, le tribunal s'est montré particulièrement sévère en imposant, outre une amende de 100 000\$, le remboursement du montant payé en trop qui s'élevait à près d'un million de dollars: *R. c. Ouellette*, [1988] R.J.Q. 1000.

72. Art. 748(3) C.cr.

73. Voir note 29.

74. Précitée, note 10.

75. *Ibid.*, art. 24; voir également, *Loi sur les architectes*, précitée, note 10, art. 17. L'article 17 al. 2 prévoit ce qui suit: «*Toutefois ne devient passible de cette peine l'entrepreneur qui exécute des travaux pour le compte d'autrui, lorsqu'à première vue les plans dont il se sert apparaissent comme ayant été signés et scellés par un membre de l'Ordre, que s'il en continue l'exécution après avoir reçu un avis écrit de l'Ordre que les plans et devis utilisés pour ces travaux ne sont pas conformes*». L'art. 24 (2) al. 2 de la *Loi sur les ingénieurs*, précitée, note 10, contient une disposition semblable.



certaines lois prévoient une peine plus lourde pour les cas de récidive, et encore plus forte pour les cas de récidive additionnelle<sup>76</sup>.

En cas de non-paiement de l'amende imposée par jugement, le Code de procédure pénale prévoit comme mode d'exécution la saisie, les travaux communautaires et, pour les cas exceptionnels, l'emprisonnement<sup>77</sup>.

Rappelons ici qu'en vertu du caractère préventif de la législation en matière de construction, des moyens autres que la poursuite pénale entraînant le paiement d'une amende peuvent être considérés comme sanction, tels: l'arrêt immédiat des travaux, la correction des défauts, aux frais du contrevenant, par un autre entrepreneur et cela peut aller jusqu'à la démolition de l'immeuble ou de l'ouvrage<sup>78</sup>.

Mentionnons finalement qu'au niveau disciplinaire, le contrevenant risque de perdre sa licence ou encore d'être radié de la corporation professionnelle ou de métier à laquelle il appartient. Ceci constitue certainement une sanction encore plus grave que l'amende puisqu'elle risque d'entraîner la «mort économique» de l'entreprise ou de la personne concernée<sup>79</sup>.

---

76. *Loi sur les installations de tuyauterie*, précitée, note 10, art. 15 (c); *Loi sur les installations électriques*, précitée, note 10, art. 31.1 (c) et (d); *Loi sur la qualification professionnelle des entrepreneurs de construction*, précitée, note 10, art. 68 par. c; *Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction*, précitée, note 10, art. 120 (c) et (d); *Loi sur la sécurité dans les édifices publics*, précitée, note 10, art. 35.

77. *Code de procédure pénale*, précité, note 35, c. XIII, art. 315 à 366.

78. *Loi sur les installations de tuyauterie*, précitée, note 10, art. 21; *Loi sur les installations électriques*, précitée, note 10, art. 14; *Loi sur la sécurité dans les édifices publics*, précitée, note 10, art. 10 (5) et (42); *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, précitée, note 10, art. 227.

79. *Loi sur les installations de tuyauterie*, précitée, note 10, art. 12; *Loi sur les installations électriques*, précitée, note 10, art. 35; *Loi sur les maîtres électriciens*, précitée, note 10, art. 20; *Loi sur les maîtres mécaniciens en tuyauterie*, précitée, note 10, art. 19; *Loi sur la qualification professionnelle des entrepreneurs de construction*, précitée, note 10, art. 43.

## II- INFRACTIONS DES CONSTRUCTEURS

Dans cette partie, nous nous proposons d'examiner les principales catégories d'infractions qu'un constructeur peut commettre à l'occasion d'actes ou d'opérations concernant une entreprise de construction. On peut classer ces infractions en deux catégories: les infractions de construction proprement dites et les infractions classiques qui peuvent se rattacher à des opérations de construction.

Comme nous l'avons déjà indiqué, en droit canadien, les infractions de construction proprement dites sont des infractions réglementaires et non criminelles. Par ailleurs, des infractions criminelles peuvent aussi être commises dans le cadre d'une activité de construction. Ces dernières visent à réprimer les comportements les plus déviants par rapport à l'objectif de protection du public et des travailleurs d'une part ou par rapport à celui de protection économique des clients d'autre part. Comme on le verra, les infractions criminelles les plus susceptibles d'être commises dans le contexte d'une construction ne sont pas, à première vue, rédigées dans des termes qui reflètent la spécificité de ce domaine d'activités.

### A- En droit pénal québécois

Au Québec, les règles touchant l'industrie de la construction sont fort nombreuses et émanent de diverses autorités<sup>80</sup>. En effet, alors que les corporations municipales<sup>81</sup> et les gouvernements<sup>82</sup> ont le pouvoir de prendre des règlements édictant des normes visant la solidité et la sécurité des

---

80. *Supra*, note 10.

81. En vertu de l'article 118 de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, précitée, note 10, les corporations municipales ont le pouvoir d'édicter des règlements de construction sur leur territoire. Il peut donc exister, au Québec, autant de règlements qu'il y a de municipalités. Mentionnons cependant que les municipalités, en vertu de la loi précitée, peuvent rendre applicable à leur territoire un code de construction élaboré par une autre autorité administrative, comme par exemple celui du Conseil national de recherches du Canada.

82. La *Loi sur la sécurité dans les édifices publics*, précitée, note 10, art. 39, prévoit l'adoption des normes de sécurité par le gouvernement.

constructions, les corporations de métier<sup>83</sup> adoptent des dispositions particulières régissant leurs membres. On se retrouve ainsi en présence de quatre codes qui, une fois juxtaposés, embrassent l'ensemble des travaux menant à la réalisation d'un ouvrage ou d'un immeuble. Il s'agit du *Code national du bâtiment*<sup>84</sup>, du *Code du bâtiment*<sup>85</sup>, du *Code électrique canadien*<sup>86</sup> et du *Code de plomberie*<sup>87</sup>. À ceux-ci s'ajoute le *Code de sécurité pour les travaux de construction*<sup>88</sup> assurant l'intégrité physique des personnes oeuvrant sur les lieux des travaux.

Par ailleurs, plusieurs organismes veillent à la qualité d'exécution des travaux: l'Ordre des ingénieurs<sup>89</sup>, l'Ordre des architectes<sup>90</sup>, la Corporation des maîtres électriciens<sup>91</sup>, la Corporation des maîtres mécaniciens en tuyauterie<sup>92</sup>, la Régie des entreprises de construction du Québec<sup>93</sup> et la Commis-

- 
83. *Loi sur les maîtres électriciens*, précitée, note 10; *Loi sur les maîtres mécaniciens en tuyauterie*, précitée, note 10.
84. Plusieurs municipalités ont, par un renvoi de leur règlement, rendu applicable le *Code national du bâtiment*, publié par le Comité associé du Code national du bâtiment du Canada, Conseil national de recherches du Canada, Ottawa, janvier 1991, 446 p. D'autres ont cependant élaboré leurs propres normes ou encore référé au *Code du bâtiment*, R.R.Q., 1981, c. S-3, r.2 et modifications.
85. Précité, note 84.
86. *Code électrique canadien*, (1987) 7 G.O. II, 1269 et modifications, adopté en vertu de la *Loi sur les installations électriques*, précitée, note 10, art. 29.
87. R.R.Q., 1981, c. I-12.1, r.1 et modifications, adopté en vertu de la *Loi sur les installations de tuyauterie*, précitée, note 10, art. 24.
88. R.R.Q., 1981, c. S-2.1, r-6 et modifications.
89. *Loi sur les ingénieurs*, précitée, note 10, art. 15 et 17. Mentionnons qu'il appartient à l'Ordre d'adopter des règlements «pour protéger le public en lui assurant dans le domaine du génie des services professionnels compétents, efficaces et conformes à l'éthique» (art. 11 (a)).
90. *Loi sur les architectes*, précitée, note 10, art. 10 et 11.
91. *Loi sur les maîtres électriciens*, précitée, note 10, art. 9, 12.1 et 12.2. Le but de cette corporation est en effet «d'augmenter la compétence et l'habileté de ses membres en vue d'assurer au public une plus grande sécurité, de réglementer leur discipline et leur conduite (...)».
92. *Loi sur les maîtres mécaniciens en tuyauterie*, précitée, note 10, art. 8, 11.1, 11.2 et 15. Aux termes de cette loi, le but de cette corporation est similaire à celui de la Corporation des maîtres électriciens, reproduit à la note 91.

sion de la construction<sup>94</sup>. En procédant à l'émission de permis et licences ou à diverses inspections lors de la réalisation des travaux, ces organismes contrôlent la qualification professionnelle des personnes évoluant dans ce milieu<sup>95</sup>.

Nous verrons plus loin que tout en assurant la solidité et la sécurité des ouvrages et immeubles, ces textes législatifs et réglementaires assurent également une protection économique des personnes faisant affaires avec les divers intervenants du milieu de la construction.

### 1. Les manquements à la sécurité des personnes

Des failles dans la conception des plans et devis, l'utilisation de matériaux inadéquats, le manque de connaissance des règles de l'art ou encore l'absence de précaution lors de la réalisation des travaux constituent autant de menaces à la sécurité des citoyens, que ce soit à titre de propriétaires, locataires, usagers ou travailleurs de la construction.

Contrairement à la négligence criminelle qui, comme nous le verrons ultérieurement, est une infraction de résultat, les infractions réglementaires n'exigent pas que le manquement ait causé une atteinte à l'intégrité physique de quiconque. En effet, le fait générateur de l'infraction à savoir un manquement aux normes édictées constitue, en soi, une menace à cette intégrité et est dès lors sujet à sanction au moyen de recours judiciaires.

- 
93. *Loi sur la qualification professionnelle des entrepreneurs de construction*, précitée, note 10, art. 6, 25, 27, 30 et 31. Mentionnons que les maîtres électriciens et les maîtres mécaniciens en tuyauterie sont également assujettis à cet organisme: *Loi sur les maîtres électriciens*, précitée, note 10, art. 5; *Loi sur les maîtres mécaniciens en tuyauterie*, précitée, note 10, art. 5.
94. *Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction*, précitée, note 10, art. 4, 85.5 et 85.6.
95. Sur ce sujet voir C. Moffet, «La responsabilité pénale des constructeurs en droit statuaire québécois», *loc. cit.*, note 30.

Ainsi, toute contravention aux différents codes mentionnés précédemment constitue une infraction<sup>96</sup>. Même si ce type d'infraction est fréquent, nous n'avons retracé aucune décision à cet égard dans les différents recueils de jurisprudence du Québec. Cette situation s'explique probablement par les trois raisons suivantes. Premièrement, les différentes inspections effectuées lors de la réalisation des travaux permettent la correction immédiate des irrégularités de la construction<sup>97</sup>. Deuxièmement, l'envoi des avis d'infraction préalables à la poursuite procure aux contrevenants la possibilité d'éviter un procès et le risque d'avoir à payer une amende supérieure au montant minimal<sup>98</sup>. Troisièmement, en ce qui concerne les infractions aux règlements de construction incluant les infractions au *Code national du bâtiment*, il s'agit de poursuites devant les cours municipales du Québec dont les décisions ne sont généralement pas rapportées, ni publiées.

Il en va cependant autrement des poursuites à l'égard des personnes ne justifiant pas leur compétence par la détention des permis ou licences requis. À ce titre, des lois d'intérêt public ont été adoptées, lesquelles doivent être respectées et toute personne y contrevenant est passible de sanctions.

En cette matière donc, chaque profession ou métier devient, en quelque sorte, un champ de compétence exclusif. Ainsi, seuls les ingénieurs et architectes membres de leur corporation respective pourront exécuter le travail

---

96. *Loi sur les installations de tuyauterie*, précitée, note 10, art. 15 (f); *Loi sur les installations électriques*, précitée, note 10, art. 31 (f); *Loi sur la sécurité dans les édifices publics*, précitée, note 10, art. 1 et 35; *Loi sur la santé et sécurité du travail*, précitée, note 10, art. 237.

97. Sur ce sujet voir C. Moffet, «La responsabilité pénale de constructeurs en droit statuaire québécois», *loc. cit.*, note 30. D'ailleurs, toute entrave peut entraîner des sanctions pénales: *Loi sur les installations de tuyauterie*, précitée, note 10, art. 15 (b), (c) et (f); *Loi sur les installations électriques*, précitée, note 10, art. 31 (b), (c) et (f); *Loi sur les maîtres mécaniciens en tuyauterie*, précitée, note 10, art. 21; *Loi sur les maîtres mécaniciens en tuyauterie*, précitée, note 10, art. 20; *Loi sur la qualification professionnelle des entrepreneurs de construction*, précitée, note 10, art. 66; *Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction*, précitée, note 10; *Loi sur la sécurité dans les édifices publics*, précitée, note 10, art. 10(4), 35 et 36. Voir également: *Cloutier c. Office de la construction du Québec*, [1986] R.J.Q. 2862 (C.S.).

98. Voir *supra*, note 46.

relevant de leur compétence<sup>99</sup>. Il en va de même pour les maîtres électriciens<sup>100</sup> et les maîtres mécaniciens en tuyauterie<sup>101</sup>. Quant aux entrepreneurs en construction<sup>102</sup>, leur licence déterminera les types de construction qu'ils sont autorisés à exécuter<sup>103</sup> et parmi la main-d'oeuvre engagée, chacune des personnes devra justifier sa compétence à effectuer tels ou tels travaux au moyen d'une carte émise à cet effet<sup>104</sup>.

- 
99. *Loi sur les architectes*, précitée, note 10, art. 16, 17 et 20; *Loi sur les ingénieurs*, précitée, note 10, art. 2, 4, et 5; *Marcel Laforest et associés Inc. c. Ordre des architectes du Québec*, précitée, note 22; *Dénonciation de l'Ordre des architectes du Québec c. Planification d'espaces Innova design Inc.*, J.E. 89-889 (C.Q.).
100. *Loi sur les installations électriques*, précitée, note 10, art. 31 (c).
101. *Loi sur les installations de tuyauterie*, précitée, note 10, art. 15 (c).
102. On entend ici celui qui est un entrepreneur au sens de la *Loi sur la qualification professionnelle des entrepreneurs de construction*, précitée, note 10, art 1 (b), à savoir: «Toute personne qui, pour autrui, exécute ou fait exécuter des travaux de construction ou fait ou présente des soumissions, personnellement ou par personne interposée, dans le but d'exécuter, à son profit, de tels travaux». De plus, selon l'article 26, «est présumée exercer en qualité d'entrepreneur la personne qui exécute ou fait exécuter des travaux de construction et offre en vente ou en échange le bâtiment ou l'ouvrage concerné, à moins qu'elle ne prouve que les travaux n'ont pas été exécutés dans un but de vente ou d'échange. Est présumée exercer à titre d'entrepreneur aux fins de la présente loi, la personne qui met en chantier de nouveaux travaux de construction dans un intervalle de moins d'un an à compter de la fin des premiers travaux entrepris(...)». Voir également la *Loi sur les maîtres électriciens*, précitée, note 10, art. 1(7)(c) et (d); *Loi sur les maîtres mécaniciens en tuyauterie*, précitée, note 10, art. 1(5); *Fertek Inc. c. Régie des entreprises en construction du Québec*, [1981] C.S. 9; *Lemieux c. Aide technique temporaire J.K. Ltée*, DTE 90T-456 (C.Q.); *Régie des entrepreneurs de construction du Québec c. Barbin*, DTE 85T-199 (C.P.); *Lalonde c. Louis Rousseau Rembourrage Inc.*, DTE 85T-72 (C.S.); *Régie des entrepreneurs de construction du Québec c. Transports André Constant Inc.*, DTE 85T-533 (C.S.P.); *Leroux c. Bernier*, DTE 85T-127 (C.S.).
103. *Loi sur la qualification professionnelle des entrepreneurs de construction*, précitée, note 10, art. 53 et 66 (d). Voir le *Règlement de la Régie des entreprises de construction du Québec*, R.R.Q. 1981, c. Q-1, r.2. Voir également *Printanou Inc. c. R.*, DTE 88T-1055 (C.S.); *Régie des entreprises de construction c. Barbin*, précité, note 102; *Entreprises Julien Inc. c. Lalonde*, DTE 89T-355 (C.A.); *Régie des entreprises de construction c. Tour de communication Leblanc et Royle Ltée*, précité, note 51.
104. *Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction*, précitée, note 10, art. 119.1. Voir: *Office de la construction du Québec c. Poirier*, DTE 87T-916 (C.P.).

Outre le défaut d'être membre en règle de la corporation professionnelle ou de métier concernée ou de détenir une licence ou une carte de compétence, certaines infractions plus spécifiques ont été édictées. Mentionnons ici le cas où un entrepreneur utiliserait, pour la construction d'un édifice public, des plans et devis non signés et scellés par un architecte et un ingénieur membre en règle de leur corporation professionnelle<sup>105</sup>. Encore le cas de celui qui «sert de prête-nom à une tierce personne qui ne possède pas de licence afin que cette dernière exécute ou fasse exécuter des travaux de construction»<sup>106</sup>.

En plus d'assurer la solidité et la sécurité de même que la qualité d'exécution des travaux des ouvrages et immeubles construits au Québec, la législation existante, comme nous l'avons mentionné précédemment, assure également une protection économique des citoyens faisant affaires avec les gens du milieu de la construction.

## 2. Les atteintes à la sécurité économique

Pour l'atteinte de cet objectif, la priorité est encore donnée à la prévention en évitant que des entreprises et des personnes dont les opérations financières sont douteuses puissent s'ingérer dans le milieu de la construction. Ainsi sont exclues les personnes et entreprises sous le coup de la *Loi sur la faillite* et non encore libérées<sup>107</sup>, celles ayant fait l'objet d'une condamnation criminelle pour fraude, malversation, détournement de fonds ou encore sous le coup d'un jugement non exécuté pour dette contractée lors d'une entreprise de construction<sup>108</sup>.

105. Voir *supra*, note 75. Voir aussi: *Construction canadienne T.J. Inc. c. Ordre des ingénieurs du Québec*, J.E. 88-1221 (C.S.); *Ordre des architectes du Québec c. Deschênes*, J.E. 91-175 (C.Q.).

106. *Loi sur la qualification professionnelle des entrepreneurs de construction*, précitée, note 10, art. 67 par. c.

107. *Ibid.*, art. 31 (d), 33 (e) et (f) et 52. Voir également l'article 48 qui édicte que: «Toute licence devient nulle du seul fait de la faillite de son titulaire».

108. *Ibid.*, art. 31, 48, 49-52 et 81.

Toutefois, il faut penser aux situations où, par exemple, une entreprise ou une personne détenant légalement la licence requise s'approprie l'argent qui lui avait été versé pour la construction d'un immeuble ou encore abandonne le chantier en cours. À cet égard, même si les victimes peuvent être dédommagées par les cautionnements exigés à cette fin lors de l'émission de la licence<sup>109</sup>, l'entreprise ou la personne en défaut verra sa responsabilité pénale engagée. En effet, la *Loi sur la qualification professionnelle des entrepreneurs en construction*<sup>110</sup> prévoit des infractions spécifiques dans de telles situations. Ainsi, l'article 67, aux paragraphes a et b, prévoit qu'un titulaire de licence commet une infraction s'il «*abandonne ou interrompt sans motif légitime des travaux de construction en cours, causant par là préjudice aux intéressés*» ou encore si, «*par suite de fraude, de malversation ou de détournement de fonds de sa part, [il] cause un préjudice à autrui*».

Les infractions ci-haut mentionnées constituent cependant des infractions de résultat puisqu'il faudra que la victime de ces actes ait subi un préjudice. Dans le cas d'interruption ou d'abandon des travaux, l'inculpé aura la possibilité de démontrer qu'il avait une excuse légitime d'agir de la sorte. À notre connaissance, aucun jugement fondé sur ces dispositions n'a été rendu à ce jour.

#### B- En droit criminel

##### 1. Les manquements à la sécurité des personnes

Lorsqu'une personne est blessée ou tuée sur un chantier de construction ou encore en raison de l'effondrement de l'ouvrage, on pense tout naturellement à l'infraction de négligence criminelle. L'article 219 du *Code criminel* la définit comme suit:

219. (1) Est coupable de négligence criminelle quiconque:  
a) soit en faisant quelque chose;

---

109. *Ibid.*, art. 34 et 34.1.

110. Précitée, note 10.



b) soit en omettant de faire quelque chose qu'il est de son devoir d'accomplir,  
montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui.

(2) Pour l'application du présent article, «devoir» désigne une obligation imposée par la loi.

Cette infraction comporte une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité si elle a donné lieu à une perte de vie<sup>111</sup> et de 10 ans si des lésions corporelles en ont résulté<sup>112</sup>. Outre quelques devoirs légaux prévus spécifiquement au *Code criminel*<sup>113</sup>, toute infraction aux normes de construction ou aux règles de sécurité prévues dans les textes de loi régissant spécifiquement le secteur de la construction peut être invoquée comme fondement à une poursuite pour négligence criminelle. C'est donc un exemple de crime incorporant par référence une infraction réglementaire, ce qui a pour effet d'en élargir considérablement la portée sans pour autant mettre en péril le principe de la légalité des infractions.

Nous n'avons pu retracer, dans les recueils de jurisprudence canadiens, aucune condamnation pour un tel crime découlant d'une activité de construction<sup>114</sup>. Cela peut s'expliquer par la difficulté pour le ministère public d'établir une relation causale entre le geste ou l'omission et la conséquence (blessure ou décès) ou par la difficulté encore d'établir l'état d'esprit blâmable requis. D'ailleurs, dans un arrêt récent de la Cour suprême du Canada dans

---

111. Art. 220 C.cr.

112. Art. 221 C.cr.

113. Art. 79 C.cr. (obligation de prendre des précautions à l'égard d'explosifs); art. 216 C.cr. (obligation de compétence des personnes qui s'engagent dans une activité susceptible de mettre en danger la vie d'une autre personne); art. 217 C.cr. (obligation de compléter un acte commencé si l'omission de ce faire comporte un danger pour la vie humaine); art. 263(2) C.cr. (obligation de protéger une excavation sur un terrain afin d'éviter les chutes accidentelles).

114. Il peut arriver que des poursuites criminelles aient été engagées par suite du décès d'ouvriers sur des chantiers de construction mais celles-ci se terminent généralement par une libération des inculpés à l'étape de l'enquête préliminaire. Voir à titre d'exemple: *R. c. Habitat Ste-Foy*, C.S.P. no 200-01-000620-84, jugement non rapporté du 14 juin 1984 (J. Dutil).

lequel la question en litige était de savoir si l'infraction de négligence criminelle exige la démonstration d'une *mens rea* ou simplement celle d'une prévisibilité objective du risque<sup>115</sup>, l'honorable juge Bertha Wilson a reconnu que l'article définissant la négligence criminelle «est d'une ambiguïté notoire»<sup>116</sup>. La Cour suprême ayant rendu un jugement partagé, trois juges maintenaient l'exigence traditionnelle de *mens rea*<sup>117</sup> tandis que les trois autres concluaient plutôt qu'il s'agit d'une infraction de négligence<sup>118</sup>. Si cette dernière approche devait être reprise dans des arrêts subséquents ou si une intervention législative devait la consacrer, la recommandation de la Commission de réforme du droit du Canada visant à reconnaître plus largement la négligence comme fondement de la responsabilité criminelle se trouverait ainsi entérinée<sup>119</sup>.

Comme on l'aura constaté, la négligence criminelle est une infraction de résultat. Le *Code criminel* comporte aussi une infraction qui pourrait réprimer des conduites du même ordre lorsqu'elles comportent la simple mise en danger du public. Il s'agit du crime de nuisance publique, un crime rendant son auteur passible d'un emprisonnement maximal de deux ans<sup>120</sup>. Cette infraction tient de la curiosité juridique tant les poursuites intentées en regard de celle-ci sont rares. Nous n'en avons trouvé aucune se rapportant à une

---

115. *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392.

116. *Id.*, p. 1403. En effet, en dépit de l'arrêt *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804, dans lequel la Cour suprême du Canada avait statué que la négligence criminelle exigeait la démonstration d'une *mens rea*, en pratique les tribunaux lui donnaient un sens objectif s'apparentant davantage à la négligence: Jacques FORTIN et Louise VIAU, *op. cit.*, note 13, n° 97, pp. 115-118.

117. Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont souscrit à l'opinion de la juge Wilson.

118. L'opinion du juge McIntyre est partagée par sa collègue la juge L'Heureux-Dubé de même que par le juge Lamer (maintenant juge en chef). Ce dernier a cru opportun de préciser toutefois que «pour appliquer le critère objectif édicté par le législateur à l'art. 202 [...] [l'actuel art. 219 C.cr.], il faut tenir largement compte de facteurs propres à l'accusé comme sa jeunesse, son développement intellectuel, son niveau d'instruction [...]» (p. 1434).

119. Commission de réforme du droit du Canada, *L'omission, la négligence et la mise en danger*, Document de travail 46, 1985, c. 2, pp. 23-45.

120. Art. 180 C.cr.

activité de construction. Cela peut s'expliquer par le fait, souligné par la Commission de réforme du droit du Canada<sup>121</sup>, que:

*[...] la pierre angulaire de la nuisance publique est le préjudice secondaire qu'il inflige, c'est-à-dire son effet sur le public. Il n'est ni nécessaire ni suffisant que des individus déterminés subissent un préjudice. Le danger ou l'inconvénient substantiel causé à la société en général constitue le coeur du délit.*

La Commission préconise donc la création d'une infraction générale de mise en danger qui sanctionnerait les conduites se caractérisant par une insouciance. Seraient ainsi dénoncées des conduites ne mettant pas en péril le public en général et qui, de ce fait, échappent actuellement à la répression criminelle<sup>122</sup>.

Des infractions spécifiques, reliées à certains devoirs légaux prévus au *Code criminel*, tel l'obligation de précaution dans le maniement d'explosifs<sup>123</sup> ou l'obligation de protéger une excavation pratiquée sur un terrain<sup>124</sup> semblent viser tout particulièrement le domaine de la construction. Pourtant les poursuites y sont tout aussi rares<sup>125</sup>.

## 2. Les atteintes à la sécurité économique

Si les poursuites pour négligence criminelle sont rarissimes, on ne saurait en dire autant des poursuites pour crimes économiques. Tous les

121. Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*, note 119, p. 37.

122. *Id.*, recommandations 10 et 11, pp. 42-45.

123. Art. 80 C.cr.

124. Art. 263(3) C.cr.

125. Art. 79 et 80 C.cr. Voir: *R. c. Yanover and Gerol*, (1985) 20 C.C.C. (3<sup>e</sup> série) 300. Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que cette disposition ne permettait pas de condamner une personne qui avait manqué de précaution à l'égard d'explosifs si aucune explosion n'en avait résulté.

grands ouvrages de construction, qu'ils soient publics ou privés, sont susceptibles d'engendrer des escroqueries<sup>126</sup>.

Toute relation contractuelle, et celle impliquant l'entrepreneur en construction et son client n'y échappe pas, est susceptible de donner lieu à une accusation de fraude si l'entrepreneur, par malhonnêteté, ne respecte pas les termes de l'entente<sup>127</sup>. Plus insidieux et par conséquent plus difficiles à déceler sont les marchandages entre un entrepreneur et un fonctionnaire public visant à assurer à l'entrepreneur l'octroi d'un contrat, à accélérer l'émission de chèques en paiement de travaux effectués ou encore à acheter le silence du fonctionnaire face à des vices de construction ou à des substitutions de matériaux par rapport à ceux prévus aux plans et devis. De telles relations frauduleuses peuvent donner lieu à des poursuites pour abus de confiance tant à l'encontre du fonctionnaire que de l'entrepreneur<sup>128</sup>. L'infraction de commissions secrètes vise des relations du même ordre ne mettant pas en cause des fonctionnaires de l'État. Elle permet de réprimer la conduite d'un entrepreneur qui offre à l'agent d'un particulier quelque récompense ou avantage pour qu'il agisse ou omette d'agir au détriment de son commettant<sup>129</sup> de même que la conduite de l'agent qui exige de l'entrepreneur une telle rétribution pour les mêmes fins<sup>130</sup>.

## CONCLUSION

Dans l'industrie de la construction, au Québec, l'emprise de la législation pénale laisse bien peu d'intervenants intouchables et rares sont les

---

126. La construction des infrastructures que nécessitait la tenue des Jeux Olympiques de 1976 nous en a fourni une bonne illustration. Pour un exemple d'abus de confiance auquel les Jeux Olympiques ont donné lieu, voir les affaires *Niding* et *Trudeau* mentionnées à la note 67. Pour un cas d'accusations de fraudes et de commissions secrètes, voir l'affaire *Procureur général du Québec c. Zappia*, C.S.P. 500-01-006348-764. Contrairement aux affaires ci-haut mentionnées, cette poursuite engagée contre un agent du Comité organisateur des Jeux Olympiques de 1976, qui n'avait pas le statut de fonctionnaire public au sens du *Code criminel*, n'a donné lieu à aucune condamnation.

127. Art. 380 C.cr.

128. Art. 121-123 C.cr.

129. Art. 426(1)(a)(i) C.cr.

130. Art. 426(1)(a)(ii) C.cr.

immeubles ou ouvrages non visés par les règles prescrites. Les nombreux textes adoptés visent tous un seul et même but: la protection des citoyens. Qu'il s'agisse de la sécurité physique des travailleurs de ce secteur d'activité ou de celle des usagers des ouvrages et immeubles, ou encore de la protection économique des personnes faisant affaires avec les divers agents du milieu, l'atteinte des objectifs est assurée par une législation favorisant l'aspect préventif, par un système de contrôles multiples et fractionnés que l'on retrouve tant avant et en cours d'exécution, qu'à la fin des travaux.

Même si l'aspect préventif semble privilégié, le caractère répressif de cette législation n'a pas été négligé. Les multiples textes d'incrimination et les sanctions qui s'y rattachent peuvent aller jusqu'à entraîner la mort économique des contrevenants. En effet, la concomitance, dans certains cas, des sanctions disciplinaires et des sanctions pénales proprement dites peut conduire, dans les cas extrêmes, outre au paiement d'une amende, à la perte des permis et licences requis pour pouvoir oeuvrer dans ce domaine d'activités.

Par ailleurs, la spécificité du droit pénal de la construction ne s'est pas traduite jusqu'à présent par des infractions criminelles qui lui soient particulières. Bien plus, on constate que, au niveau des délits résultant d'atteintes à l'intégrité physique des personnes, les poursuites criminelles sont quasi inexistantes en dépit du fait que certaines incriminations classiques seraient tout à fait appropriées. Le processus de justice criminelle étant aisément accessible et les ouvriers de la construction du Québec étant représentés par des syndicats puissants, il faudrait se pencher sur les causes pouvant expliquer le peu de poursuites criminelles de ce type en dépit des nombreux accidents qui surviennent sur les chantiers de construction.

Ce phénomène s'explique peut-être tout aussi bien par l'efficacité du système de répression mis en place dans le cadre des lois régissant spécifiquement ce secteur d'activités que par la difficulté de faire la démonstration des éléments essentiels, notamment de l'état d'esprit blâmable requis par les infractions criminelles mentionnées dans la présente étude.

Si les modifications législatives suggérées par la Commission de réforme du droit du Canada devaient être adoptées, cela devrait, théorique-

ment, faciliter la tâche du ministère public et favoriser un plus grand nombre de condamnations criminelles. Toutefois, même dans une telle éventualité, il n'est pas impossible que la pratique, qui semble favoriser les poursuites pour infractions réglementaires, demeure inchangée.

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** CONSTRUCTION INTERNATIONALE ET RESPONSABILITÉ CIVILE DU  
CONSTRUCTEUR : LES PERSPECTIVES EN DROIT INTERNATIONAL  
PRIVÉ QUÉBÉCOIS

**Auteur(s) :** Gérald GOLDSTEIN

**Revue :** *RDUS*, 1991-1992, volume 22, numéro 2

**Pages :** **291-342**

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/13427>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/13427>

*Page vide laissée intentionnellement.*



# CONSTRUCTION INTERNATIONALE ET RESPONSABILITÉ CIVILE DU CONSTRUCTEUR: LES PERSPECTIVES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS

par Gérald GOLDSTEIN\*

*Cette étude aborde la question de la loi applicable au contrat international de construction, jusqu'à présent négligée en droit international privé québécois, en premier lieu, essentiellement du point de vue de la responsabilité du constructeur pour vice du sol ou de construction vis-à-vis du maître d'ouvrage et, accessoirement, du point de vue des rapports entre ces deux parties, les sous-traitants et les assureurs. En second lieu, il y est fait état de la condition des sociétés étrangères de construction au Québec.*

*Si les questions de la loi applicable au fond des contrats de construction internationale et à la responsabilité contractuelle et extracontractuelle de droit commun qui en découlent ne posent pas de problème particulier, la difficulté centrale touche la qualification de la responsabilité particulière découlant en droit québécois de l'article 1688. En effet, cette qualification, contractuelle, légale, ou extracontractuelle, n'est pas certaine en droit interne. Or, elle a pour conséquence directe le choix de la règle de conflit en droit international privé et donc celui de la loi applicable.*

*La qualification de la question permettrait aux parties d'écarter l'application de l'article 1688 C.c., même si la construction avait lieu au Québec, ce qui irait à l'encontre de la politique préventive de protection de la population québécoise que cette disposition veut promouvoir. Cependant, comme on la considère généralement d'ordre public en droit interne, on pourrait quand même écarter une solution fondée sur une loi étrangère en invoquant sa contrariété à la conception fondamentale que l'article 1688 C.c. exprime, en faisant appel, au cas par cas, à l'exception d'ordre public, telle*

---

\*. Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. L'auteur tient à remercier Mme Anne Malfait (étudiante au Barreau) de son assistance efficace dans la recherche relative à la partie IV de cette étude, ainsi que Me Claire Moffet (avocate et chargée de cours) pour les informations qu'elle a eu la gentillesse de lui fournir sur cette même partie.

qu'on l'entend dans l'ordre international. Plus radicalement, on pourrait aussi considérer cette disposition comme une loi de police de façon à l'appliquer à tous les contrats donnant lieu à des constructions au Québec, sans jamais tenir compte de la loi choisie par les parties pour régir leurs rapports.

La qualification légale ou extracontractuelle de cette question permettrait d'éviter ces procédés exceptionnels, tout en faisant respecter la politique interne, puisque les parties n'auraient plus la possibilité de choisir la loi gouvernant cette responsabilité. Pour ces motifs, l'auteur opte pour cette solution, en constatant que la jurisprudence de droit interne se prononce en ce sens, que la Cour d'appel, dans un litige de droit international privé, a adopté une solution qui pourrait s'expliquer de cette façon et, enfin, que l'article 35 de la Loi sur la qualification des entrepreneurs de construction exprime une approche législative territorialiste de la question. Mais le problème consiste alors à déterminer le facteur de rattachement approprié. L'auteur propose une règle de conflit à caractère substantiel comportant un facteur de rattachement alternatif, se traduisant par un choix entre la loi du lieu de la construction et celle de l'établissement principal du constructeur, selon celle qui serait la plus favorable au maître d'ouvrage, ce qui aurait aussi l'avantage de protéger le public.

Dans les deux hypothèses de qualification, il faut déterminer le domaine d'application de la loi régissant la responsabilité du constructeur vis-à-vis du maître d'ouvrage et l'auteur examine notamment la question de la loi relative au délai ou à la prescription de l'action en regard des règles matérielles complexes contenues aux articles 2190 et 2191 C.c.

Par ailleurs, il s'efforce de préciser la loi applicable aux rapports de sous-traitance, notamment entre le sous-traitant et le maître d'ouvrage. Il examine aussi les nombreuses règles de police régissant le contrat d'assurance dans la même optique du contrat de construction internationale.

Enfin, l'étude s'attache à présenter une vue d'ensemble des règles régissant l'activité des sociétés étrangères de construction au Québec, notamment au plan des procédures de soumission et d'adjudication, pour les contrats de construction privés comme pour ceux donnés par les organismes publics.

---

*This study discusses issues pertaining to the law that applies to international construction contracts, an area that up to now has received little attention in Quebec private international law. The first part deals with the builder's responsibility towards the client for defects of construction or of the land. It also examines, the relationship between the client and the builder, the subcontractors and the insurers. The second part describes the conditions that apply to foreign construction companies in Quebec.*

*Even though the legal questions that pertain to international construction contracts and to the contractual and extracontractual responsibilities under common law pose no unusual problems, the primary difficulty concerns the liability which results from article 1688 of the Civil Code. In fact, the determination whether this responsibility is contractual, legal or extracontractual remains uncertain in internal law. As a result, one must choose the rule in private international law that would govern this conflict and then determine which law in fact applies.*

*To hold that this responsibility is contractual would exclude the application of article 1688 C.C. even if the construction took place in Quebec. This would be contrary to the preventive aim of this article, which is intended to protect the public. However, since the article in question is generally considered to be of public order in internal law, one could eliminate the application of a foreign law by invoking that the latter contradicts the basic concepts expressed in article 1688 C.C. and by using the public order exception clause. As a more radical approach it could be argued that this article constitutes a law of police and should apply to all contracts that pertain to construction in Quebec, thereby excluding any other law chosen by the parties to govern their relationships.*

*The qualification that liability is legal or extracontractual in such matters permits one to avoid recourse to these exceptional measures, while at the same time ensuring respect for internal policies, because the parties would no longer have the possibility of choosing the law that would govern liability. For these reasons, the writer, noting that this is the point of view held by jurisprudence, recommends this solution. The Court of Appeal, in a case involving private international law, decided the issue in a manner consonant with this approach and section 35 of an Act respecting the qualifications of construction contractors expresses a similar territorialist legislative approach to the question. Thus the problem then becomes one of merely finding the*

appropriate connecting factor. The writer proposes a substantive conflict rule that includes alternative criteria for eligibility, based on either the location of the construction project or else on the situation of the principal place of business of the builder, according to whichever one would be the most favorable for the client. This would also have the advantage of offering the greatest protection to the public.

In effecting a characterization according to these alternative connecting factors, one must determine the pertinent law governing the responsibility of the contractor toward the owner. For instance, the writer examines the prescriptive delays applicable to law-suits in light of the material rules set out in articles 2190 and 2191 C.C.

In addition, he seeks to determine the law pertaining to subcontracts and in particular, to the relationship between subcontractors and the client. He also examines the numerous laws of police that govern insurance contracts in the same field of international construction contracts.

Finally, this study aims at presenting an overview of the rules that regulate the activities of foreign construction companies operating in Quebec, with emphasis on procedures for the submission of tenders and the awarding of contracts by private parties as well as by public bodies.

## SOMMAIRE

<b>Introduction</b> .....	297
 <b>I. La détermination de la loi applicable aux contrats internationaux de construction et à la responsabilité civile qui en découle</b> .....	298
A. La loi applicable au fond et à la forme des contrats de construction .....	299
B. La loi applicable à la responsabilité civile du constructeur .....	303
1. Responsabilité civile contractuelle et quasi-délictuelle de droit commun .....	303
2. Responsabilité spéciale pour vice de construction .....	305
a. La thèse de la qualification contractuelle .....	306
b. La thèse de la qualification extracontractuelle .....	306
i. Application de la double règle quasi délictuelle: problème de la détermination du lieu du délit .....	307
ii. Choix d'un rattachement spécifique .....	311
c. La qualification en droit positif interne .....	313
C. Le domaine de la loi applicable à la responsabilité civile du constructeur .....	319
 <b>II. L'ordre public international et la responsabilité civile du constructeur pour vice de construction</b> .....	323
A. La responsabilité civile du constructeur pour vice de construction est-elle d'ordre public international? ....	324
B. Le domaine des articles 1688 et 2259 C.c. s'ils étaient considérés d'ordre public international .....	327

<b>III.</b>	<b>Quelques autres aspects conflictuels du droit international privé de la construction internationale</b>	<b>329</b>
A.	La loi applicable à la sous-traitance	330
B.	La loi applicable au contrat d'assurance	333
<b>IV.</b>	<b>La condition des sociétés de construction étrangères au Québec</b>	<b>335</b>
	<b>Conclusion</b>	<b>341</b>

## Introduction

Malgré l'importance du contrat international de construction, les éléments permettant d'en déterminer le régime général en droit international privé québécois sont quasiment inexistants. La jurisprudence n'a pas eu l'occasion d'en traiter directement, probablement en raison du recours à l'arbitrage généralement prévu dans ce genre de contrat. La législation ne prévoit que quelques dispositions éparses relativement aux sociétés «étrangères», c'est-à-dire non «résidentes» au Québec. Elles visent à assurer le respect du droit québécois en exigeant une licence à défaut de quoi elles sont exclues des marchés de travaux publics. La doctrine québécoise ignore en général le domaine<sup>1</sup>.

Les sociétés étrangères agissent essentiellement au Québec en y créant des filiales québécoises ou en participant à des *joint ventures*, ce qui leur permet d'agir sous le couvert de sociétés québécoises. Néanmoins, de temps en temps un certain nombre de travaux sont confiés à des entreprises canadiennes d'autres provinces, à des entreprises américaines ou européennes, obligées d'obtenir une licence québécoise pour construire au Québec. Elles doivent alors établir un domicile québécois, c'est-à-dire posséder au moins une adresse ou un établissement susceptible d'y recevoir des significations, des mises en demeure, etc. Par ailleurs, certaines compagnies québécoises se sont déjà franchement lancées dans le marché des contrats de construction à l'étranger, notamment dans le cadre d'accords de coopération avec des pays en voie de développement. Les contrats prévoient en général une clause d'arbitrage, mais la question de la loi applicable n'y est pas nécessairement

---

1. Voir cependant: M. DESCHAMPS, «L'autonomie de la volonté dans la détermination de la loi contractuelle et du tribunal compétent», (1990) 24 *R.J.T.* 471, p. 474-475. Voir aussi, sur le contenu et la réglementation des contrats internationaux de construction et d'entreprise, en général: V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels et de transfert de technologie*, Cowansville, Yvon Blais, 1987; A. COSSETTE, «Certaines difficultés de la phase précontractuelle dans les contrats internationaux "clés en main"», (1988) 90 *R. du N.* 384; M. HANNANI, «Les garanties contractuelles dans les transactions internationales comportant la fourniture de biens ou de services», (1985) 26 *C. de D.* 633, p. 646 et suiv.

prévue, bien que les pays en voie de développement essayent parfois d'imposer leur loi locale.

À partir de ce cadre très ténu, nous nous efforcerons d'apporter des éléments de réponse aux principales questions soulevées par la matière. Nous procéderons en examinant d'abord la loi applicable entre maître d'ouvrage et constructeur, aux contrats de construction et à la responsabilité civile qui en découle par le biais de la méthode conflictuelle classique (I); puis nous étudierons les dispositions québécoises qui pourraient intervenir impérativement en ce domaine en tant que loi de police ou au nom de l'ordre public (II), ainsi que les règles matérielles régissant la condition des sociétés étrangères de construction au Québec (IV). Nous aborderons aussi quelques autres questions accessoires au contrat de construction (III): celles de la loi applicable au contrat de sous-traitance et aux assurances en ce domaine.

### **I. La détermination de la loi applicable aux contrats internationaux de construction et à la responsabilité civile qui en découle**

Le contrat de construction ne présente pas d'originalité au point de vue de la compétence internationale des tribunaux québécois: les règles communes s'appliquent<sup>2</sup>.

2. Voir à ce sujet: E. GROFFIER, *Précis de droit international privé québécois*, 4e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1990, (ci-après *Précis*) no 254 et suiv., p. 251; J.-G. CASTEL, *Droit international privé québécois*, Toronto, Butterworths, 1980, p. 671 et suiv.; J. TALPIS, «Notions élémentaires de droit international privé québécois», (1977) *CP. du N.* 115, no 7 et suiv., p. 128. En droit québécois, le tribunal est compétent pour entendre une action personnelle à caractère patrimonial en vertu de l'article 68 du *Code de procédure civile*. Celui-ci retient comme chefs de compétence alternatifs: 1) le domicile réel ou élu du défendeur au Québec, 2) la résidence du défendeur ou la possession de biens au Québec, 3) le fait que «toute la cause d'action» y ait pris naissance et enfin, 4) la conclusion du contrat au Québec.

Ainsi, il suffira que le maître d'ouvrage ou l'entrepreneur soient domiciliés, résidents ou possèdent des biens (comme des machines, etc.) au Québec, s'ils sont défendeurs, pour entraîner la compétence du juge québécois. Par «biens», on entend aussi les droits personnels, comme les créances (GROFFIER, *Précis*, no 258, p. 253). Jusqu'à présent, la jurisprudence n'exige pas que les biens suffisent à couvrir le montant de la demande (Voir en ce sens: CASTEL, *id.*, p. 680; comparez avec *Southern Pacific Co. c. Botner*, [1973] R.P. 97 (C.A.); *Can. Unicofam Ltd c. Griegce & Autres*, [1974] C.S. 402). Le chef de



**A. La loi applicable au fond et à la forme des contrats de construction<sup>3</sup>**

En droit québécois, les conditions de formation et les effets des contrats sont soumis à la règle de conflit contenue dans l'article 8 C.c.<sup>4</sup> Les contrats de construction ne font pas exception à cette règle qui retient en principe la loi d'autonomie. Le juge québécois applique la loi expressément choisie par les parties, à défaut, il recherche des indices de leur intention implicite dans le contrat et dans les circonstances externes qui l'entourent<sup>5</sup>. À défaut de pouvoir découvrir cette intention, il est présumé que les parties

---

compétence fondé sur l'existence de «toute la cause d'action» au Québec a été assoupli par la jurisprudence. Dans l'affaire *Wabasso* (*Wabasso Ltd c. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 R.C.S. 578, *inf.* [1979] C.A. 279. Voir: H.P. GLENN, «Toute la cause d'action et de la compétence internationale», (1982) 27 *McGill L.J.* 793; E. GROFFIER, «Chroniques régulières. Toute la cause d'action», (1981) 41 *R. du B.* 1102; GROFFIER, *Précis*, no 261, p. 254), la Cour suprême du Canada a décidé qu'il suffisait qu'y soient localisés tous les faits dont la preuve est essentielle pour établir la prétention, *telle que libellée*. La présence de certains éléments à l'étranger n'empêchera donc pas le juge québécois de se déclarer compétent. Par ailleurs, il en sera de même si le contrat est conclu au Québec. Indépendamment des cas prévus à l'article 68 C.p.c., les parties peuvent s'entendre pour donner compétence aux tribunaux québécois (*Alimport c. Victoria Transport Ltd*, [1977] 2 R.C.S. 858; GROFFIER, *Précis*, no 268, p. 261). Enfin, les tribunaux québécois refusent de se déclarer incompétents en faveur d'un autre tribunal si l'un des chefs de compétence de l'article 68 se trouve satisfait (*Franjan Productions Inc. c. Security Investment Trust Co.*, [1975] C.S. 1140; *Goodwin's Ltd c. Furness Withy Co. Ltd*, (1916) 17 R.P. 118 (C.S.); GROFFIER, *Précis*, no 268, p. 261), bien qu'ils acceptent, curieusement, de se désister en faveur d'un tribunal arbitral (*Zodiac International Productions Inc. c. The Polish People's Republic*, [1983] R.D.J. 277 (C.S.C.); GROFFIER, *Précis*, no 269, p. 261).

3. Sur ce sujet, voir généralement: J.P. REMERY, «Remarques sur le conflit des lois applicables au contrat international de construction d'immeuble», D.1985 chron.43, p. 257; R. CHEMALY, «Louage d'ouvrage et d'industrie», dans *Rep. droit international*, Dalloz, 1968 (et mises à jour).
4. Art. 8 C.c.: «Les actes s'interprètent suivant la loi du lieu où ils sont passés, à moins qu'il n'y ait quelque loi à ce contraire, que les parties ne s'en soient exprimées autrement, ou que, de la nature de l'acte, ou des autres circonstances, il n'apparaisse que l'intention a été de s'en rapporter à la loi d'un autre lieu; auxquels cas il est donné effet à cette loi, ou à cette intention exprimée ou présumée.»; voir GROFFIER, *Précis*, *op. cit.*, *supra*, note 2, no 185 et suiv., p. 185.
5. Voir *Smith Transport Ltd c. IN-TRA-CO. Inc.*, [1974] C.S. 265.

ont voulu se référer à la loi du lieu de conclusion du contrat. Cette règle de conflit s'applique évidemment sous la réserve, prévue dans l'article 8, de l'intervention des lois de police.

Par conséquent, en l'absence de choix exprès, il n'est pas certain que le juge québécois applique la loi du lieu d'exécution du contrat international d'entreprise, si celui-ci est conclu dans un autre lieu.

Le projet de Code civil de 1991<sup>6</sup> modifie considérablement cette règle puisqu'il s'inspire des solutions de la *Convention de Rome* de juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles<sup>7</sup>. En l'absence de choix exprès, le futur droit québécois reconnaîtra donc le principe de la loi du lieu avec lequel le contrat présente «les liens les plus étroits». L'article 3113 du Projet prévoit que les «liens les plus étroits» seront *présumés* exister avec l'État du lieu de la résidence habituelle ou de l'établissement, s'il s'agit d'une entreprise, de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique. Il s'agira donc de la loi du lieu d'établissement de l'entrepreneur, ou du sous-traitant, pour le contrat de construction, ce qui ne nous semble pas la loi la plus pertinente.

Cependant, tout comme la *Convention de Rome*, le futur droit québécois comprendra une clause échappatoire (art. 3082 du Projet) qui, exceptionnellement, permettra de déroger à cette présomption pour désigner probablement la loi du lieu d'exécution des travaux<sup>8</sup>, si celle-ci a un lien

6. *Projet de Loi 125, Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, Assemblée nationale, 34<sup>ème</sup> Législature, première session, Éditeur officiel du Québec, 1991.

7. Voir son texte à *J.O.*, C.E. no L.266 du 9 oct. 1980; (1980) 69 *Rev. crit. dr. internat. privé* 875; (1981) *J.D.I.* 218; (1981) 17 *Rev. Trim. D. Europ.* 394.

8. Sur la clause échappatoire, voir C. DUBLER, *Les clauses d'exception en droit international privé*, Georg, Genève, 1983. Voir aussi: J.A. TALPIS et G. GOLDSTEIN, «Analyse critique de l'Avant-projet de loi du Québec en droit international privé», (1989) 91 *R. du N.* 293, p. 327-331. Cette exception pourrait bien se transformer en une future nouvelle règle de conflit propre aux contrats de construction, par la force des précédents. Mais rien ne le garantit, d'autant plus qu'essentiellement la clause échappatoire n'est censée intervenir que ponctuellement, sans nécessairement imposer qu'on se réfère aux décisions antérieures en tant qu'autorités.

On doit toutefois faire remarquer, qu'étant donné le petit nombre [total] de décisions rendues au Québec en droit international privé, il est probable que l'intervention de la

beaucoup plus étroit avec le contrat que celle du lieu de résidence de l'entrepreneur.

Quant au domaine de la loi applicable, il comprend certainement l'interprétation et la responsabilité contractuelle<sup>9</sup> résultant du contrat de construction, mais non la responsabilité extra-contractuelle, régie par une autre règle de conflit que nous exposerons plus bas, ni la capacité de contracter<sup>10</sup> qui résulte de l'application de la loi du lieu de l'établissement de l'entreprise (équivalent du domicile) selon l'article 6 al. 4 C.c.

En pratique, les compagnies québécoises engagées dans la construction à l'étranger composent le contenu de leur contrat en combinant des «clauses-maison» avec des clauses-types de la FIDIC<sup>11</sup> et du Guide juridique de la C.N.U.D.C.I. pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles<sup>12</sup>.

Cependant, plus généralement, il n'y a pas encore au Canada d'acceptation de la *lex mercatoria*, applicable au contrat sans aucune référence, ni même de reconnaissance expresse de la notion en tant que telle. Toutefois, en droit maritime, la Cour suprême du Canada a invoqué la nécessité d'interpréter les principes en tenant compte du droit international<sup>13</sup>, pour écarter le droit civil au profit de la common law<sup>14</sup>, au motif que:

---

clause échappatoire, pour tous les cas de contrat de construction, y soit considérée comme «exceptionnelle».

9. GROFFIER, *Précis, op. cit., supra*, note 2, no 190, p. 190.

10. *Ibid.*

11. Par exemple: FIDIC, *Guide to the Use of FIDIC Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works*, 3rd ed., FIDIC, Lausanne, 1988; FIDIC, *Guide to the Use of FIDIC Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction*, 4th ed., FIDIC, Lausanne, 1989.

12. C.N.U.D.C.I., Publication des Nations-Unies, New York, 1988.

13. *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd*, [1989] 2 R.C.S. 683, p. 691-693 par le juge McLachlin. Voir aussi *ITO-International Terminal Operators Ltd c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752.

14. Voir à ce sujet les critiques de A. BRAËN, «L'arrêt *ITO-International Operators Ltd c. Miida Electronics Inc.*, ou comment écarter l'application du droit civil dans un litige maritime au Québec», (1987) 32 *McGill L.J.* 386; H.P. GLENN, «Maritime Law - Federal Court Jurisdiction - Canadian Maritime Law - Relationship to Civil and

«Dans les affaires maritimes ou d'amirauté, nous traitons de commerce international. Il existe de bonnes raisons de promouvoir l'uniformité dans ce domaine, ainsi que le plus haut degré possible de certitude.<sup>15</sup>»

La Cour suprême a invoqué le même principe en matière de crédit documentaire<sup>16</sup>.

De plus, le nouvel article 940.6 du *Code de procédure civile* québécois prévoit que lorsqu'un arbitrage met en cause des intérêts du commerce extraprovincial ou international, la convention d'arbitrage doit s'interpréter, à titre supplétif, en tenant compte de la *Loi type sur l'arbitrage commercial international*, adoptée le 21 juin 1985 par la C.N.U.D.C.I.<sup>17</sup>

Par ailleurs, on ne discerne pas non plus au Canada d'application consciente de la «théorie du tronc commun»<sup>18</sup>, même si la Cour suprême, par exemple, en raison des particularités du système juridique canadien, utilise parfois l'argument selon lequel le droit civil et la common law ont un contenu commun sur un sujet particulier, d'un point de vue comparatiste<sup>19</sup>.

Il faut mentionner enfin que la validité formelle du contrat dépend, par application de l'article 7 C.c., de la loi du lieu de passation de l'acte. Mais cette règle de conflit est «supplétive», car elle admet alternativement d'autres

---

Common Law: *ITO-International Terminal Operators Ltd v. Miida Electronics Inc.*, (1987) 66 *Rev. Bar. Can.* 360; G. LEFEBVRE et N. TAMARO, «La Cour suprême et le droit maritime: la mise à l'écart du droit civil québécois est-elle justifiable?» (1991) 70 *Rev. Bar. Can.* 121.

15. *ITO-International Terminal Operators Ltd*, précité, *supra*, note 13, p. 788.
16. *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd*, [1987] 1 R.C.S. 59, p. 83.
17. À ce sujet, voir notamment: A PRUJINER, «Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec», (1987) *Rev. Arb.* 425; J.E.C. BRIERLEY, «Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage», (1987) 47 *R. du B.* 259; S. THUILLEAUX, *L'arbitrage commercial au Québec: droit interne, droit international privé*, Montréal, Yvon Blais, 1991.
18. M. RUBINO-SAMMARTINO, «Le "tronc commun" des lois nationales en présence (Réflexion sur le droit applicable par l'arbitre international)», (1987) *Rev. Arb.* 133.
19. Voir ainsi: *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd*, précité, *supra*, note 13.

facteurs de rattachement, comme, probablement, le lieu d'exécution du contrat, ou, plus généralement, le rattachement par la loi régissant le fond de l'acte<sup>20</sup>.

## **B. La loi applicable à la responsabilité civile du constructeur**

Il s'agit de la question la plus intéressante, du point de vue du droit international privé québécois, et peut-être aussi de l'une des plus délicates, dans le domaine de la construction internationale. Le problème central est celui de la qualification, contractuelle ou extracontractuelle, des différents types de responsabilité encourue à la suite d'un contrat de construction, car le contenu même des diverses règles de conflit est connu.

### **1. Responsabilité civile contractuelle et quasi-délictuelle de droit commun**

La responsabilité contractuelle, (ce qui inclut la validité des clauses d'exclusion de cette responsabilité, selon la jurisprudence)<sup>21</sup> dépend de la loi contractuelle. Quant à la responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle québécoise, elle est soumise par la jurisprudence à la double règle de conflit tirée de la *common law* anglaise, notamment de l'arrêt *Phillips c. Eyre*<sup>22</sup>. Elle prévoit que le demandeur au Québec en responsabilité obtient gain de cause conformément à la loi québécoise (intervenant en tant que loi du for) si 1) l'acte préjudiciable justifie une action en dommages et intérêts selon la loi québécoise et 2) s'il constitue un acte injustifiable, susceptible de sanction civile ou même simplement pénale<sup>23</sup> selon la loi du lieu où il a été commis (*lex loci delicti*)<sup>24</sup>.

20. Toutefois la question ne présente pas d'intérêt particulier car les litiges en matière de construction ne concernent que le fond du contrat et la responsabilité.

21. Voir la jurisprudence citée par le professeur GROFFIER, (*Précis, op. cit., supra*, note 2, no 199, p. 196, note 31).

22. (1870) L.R. 6 Q.B. 1.

23. *Machado c. Fontes*, [1897] 2 Q.B. 231, repris au Canada dans *McLean c. Pettigrew*, [1945] R.C.S. 62; voir cependant *Lieff c. Palmer*, (1937) 63 Q.B. 278.

24. *O'Connor c. Wray*, [1930] R.C.S. 231. Voir GROFFIER, *Précis, op. cit., supra*, note 2, no 224 et suiv., CASTEL, *op. cit., supra*, note 2, p. 447 et suiv.

Pourtant, l'article 6 al. 3 du *Code civil* québécois prévoit que: «Les lois du Bas Canada relatives aux personnes sont applicables à tous ceux qui s'y trouvent, même à ceux qui

Dans le contrat de construction, la responsabilité civile quasi délictuelle du constructeur envers le maître d'ouvrage, les fournisseurs, les sous-traitants, les ouvriers et les tiers absolus suivra donc cette double règle.

n'y sont pas domiciliés; [...]

Cette disposition, inspirée de l'article 3 al. 1 du *Code civil* français, était destinée à exprimer l'adoption en droit international privé québécois du principe général du territorialisme (voir à ce sujet la pénétrante analyse du professeur P.-A. CRÉPEAU, «De la responsabilité civile extra-contractuelle en droit international privé québécois», (1961) 39 *Can. Bar. Rev.* 3), auxquelles certaines dérogations particulières étaient prévues, notamment la soumission du statut personnel à la loi du domicile (art. 6 al. 4 C.c.).

La jurisprudence a d'abord reconnu ce point de vue (voir la jurisprudence citée par P.-A. CRÉPEAU, *ibid.*) et par J.-G. CASTEL, *op. cit.*, *supra*, note 2, p. 449, note 7) en matière de responsabilité quasi-délictuelle, en bilatéralisant la *lex loci delicti*. Mais la Cour suprême du Canada a modifié cette règle en 1930 (*O'Connor c. Wray*, *ibid.*) au motif, discutable, que les règles de conflit québécoise et anglaise en la matière étaient identiques et que la règle québécoise ne devait pas être «plus généreuse» que celle résultant de la common law anglaise.

Malgré les critiques vigoureuses de la doctrine québécoise (voir notamment P.-A. CRÉPEAU, *ibid.*), la jurisprudence applique maintenant la règle de common law (*McLean c. Pettigrew*, précité, *supra*, note 23; *Samson c. Holden*, [1963] R.C.S. 373; *Gauthier c. Bergeron*, [1973] C.A. 77, p. 79), à l'exception de quelques décisions (*Lieff c. Palmer*, précité, *supra*, note 23; *Bussièrès c. Pelissier*, C.S. Québec, 84577, 23 mai 1958, (1970) 11 C. de D. 373, (1967) 13 McGill L.J. 331).

Cependant, la règle de conflit anglaise exige maintenant, en principe, que l'acte soit susceptible d'entraîner une action civile selon les deux lois – *lex fori* et *lex loci delicti* – (règle dite de la double «actionabilité») mais elle a aussi évolué vers la *proper law of the tort* (*Chaplin c. Boys*, [1971] A.C. 356 (H.L.), *Sayers v. International Drilling Co. N.V.*, [1971] 1 W.L.R. 1176, 1180; *Church of Scientology of America v. Metropolitan Police Commissioner*, (1976) 120 Sol. Jo. 690; *Coupland v. Arabian Gulf Petroleum Co.*, [1983] 3 All E.R. 226; *Dicey and Morris on the Conflicts of Laws*, 11<sup>e</sup> éd., par L. COLLINS, (éd.), vol. 2, London, Stevens & Sons, 1987, Rule 205, p. 1365 et s.; CHESHIRE and NORTH, *Private International Law*, 11<sup>e</sup> éd., par P.M. NORTH et J.J. FAWCETT, London, Butterworths, 1987, p. 535–536), c'est-à-dire vers une approche flexible prenant en considération l'ensemble des rattachements pour tenir compte, dans chaque cas, des plus significatifs pour l'espèce (voir J.H.C. MORRIS, «The Proper Law of a Tort», (1951) 64 *Harv. L. Rev.* 881).

Récemment, la Cour d'appel de l'Ontario a adopté la même méthode *Grimes c. Cloutier*, (1989) 61 D.L.R. (4th) 505, p. 524–525; voir surtout *Préfontaine Estate c. Frizzel*, (1990) 65 D.L.R. (4th) 275, p. 281; voir G. GOLDSTEIN, «Droit international privé (chronique)», (1988) 5 *R.Q.D.I.* 416, p. 421–422. Il reste à voir l'incidence que l'adoption de cette nouvelle règle de conflit en Ontario aura au Canada, et au Québec en particulier.

Dans le futur code civil, elle sera remplacée par le principe de la compétence d'une loi unique, celle du lieu du délit<sup>25</sup>. Ce lieu sera celui de la survenance du fait générateur du préjudice, s'il n'est pas dissocié de celui du dommage: on donnerait alors préférence au dernier (sauf si l'auteur ne devait pas prévoir que le préjudice allait y apparaître). Toutefois si les deux parties étaient résidentes du même pays ou si elles y étaient domiciliées, on appliquerait cette loi commune. En principe, en matière de responsabilité quasi délictuelle du constructeur, la loi québécoise ou étrangère du lieu de construction devrait donc s'appliquer si le dommage y est subi (sauf si le constructeur et la victime sont résidents ou domiciliés ailleurs).

Mais qu'en est-il de la responsabilité spéciale ou «garantie» décennale (comme en certains pays) ou quinquennale (comme au Québec dans l'article 1688 C.c.) du constructeur pour les vices de construction et les vices du sol, qui se poursuit après la réception des travaux, indépendamment de la relation contractuelle?

## 2. Responsabilité spéciale pour vice de construction

La question présente notamment un intérêt lorsque les législations en présence comprennent des conditions et des durées de garantie différentes, des domaines d'application différents (application aux architectes, aux ingénieurs?) ou encore ne concordent pas quant à la transmissibilité de l'action en garantie ou quant à la légalité des clauses d'exclusion de responsabilité.

En général, la jurisprudence québécoise qualifie les prétentions de droit selon la loi du for<sup>26</sup>. Par conséquent, il faut déterminer comment le droit civil interne québécois qualifie cette responsabilité pour vice de construction pour savoir si le juge appliquera sa règle de conflit contractuelle (loi d'autonomie) ou extracontractuelle.

25. *Projet de loi 125*, précité, *supra*, note 6, article 3126.

26. *Gauthier c. Bergeron*, précité, *supra*, note 24; voir cependant *Samson c. Holden*, précité, *supra*, note 24 (affirmation selon laquelle la qualité pour ester en justice constitue une question de procédure); *Pouliot c. Cloutier*, [1944] R.C.S. 284.

**a. La thèse de la qualification contractuelle**

Si l'on opte pour la qualification contractuelle, les parties devraient pouvoir échapper à cette responsabilité, puisqu'en vertu de l'article 8 du Code civil elles peuvent choisir la loi applicable au contrat, si cette loi ne la connaît pas ou reconnaît la validité des clauses de non-responsabilité<sup>27</sup>.

Mais il est possible que, même dans cette hypothèse de qualification contractuelle (comme dans toute autre hypothèse de qualification, d'ailleurs), la solution québécoise soit considérée si impérative qu'elle donne lieu à l'intervention de ses dispositions (article 1688 et 2259 C.c.) soit directement à titre de loi de police sans passer par l'étape de détermination de la loi applicable selon l'article 8 C.c., du moins quant au principe de cette responsabilité, soit indirectement, après que le juge ait écarté la loi étrangère applicable en raison de sa contrariété avec les conceptions fondamentales du Québec, en invoquant l'exception d'ordre public<sup>28</sup>. Nous traiterons plus loin de cette possibilité.

**b. La thèse de la qualification extracontractuelle**

Si, au contraire, on opte pour la qualification extracontractuelle, il faut alors encore déterminer le facteur de rattachement de la règle de conflit. Plusieurs solutions sont possibles. On peut soit appliquer la règle de conflit jurisprudentielle applicable aux quasi-délits (i), ce qui pose le problème du choix du lieu du délit, ou chercher un rattachement spécifique (ii), en se fondant sur le principe général de territorialité, en invoquant le caractère extracontractuel ou quasi contractuel de la responsabilité.

27. Voir en ce sens: M. DESCHAMPS, *loc. cit., supra*, note 1, p. 479.

28. Sur la notion de loi de police ou d'application immédiate, voir: CASTEL, *op. cit., supra*, note 2, p. 94; GROFFIER, *Précis, op. cit., supra*, note 2, no 28-32, p. 32-37; J.A. TALPIS, «Legal Rules Which Determine their Own Sphere of Application: A Proposal for their Recognition in Quebec Private International Law», (1982-83) 17 *R.J.T.* 201. Pour la différence entre loi de police et l'exception d'ordre public, voir aussi: G. GOLDSTEIN, «L'ordre public en droit international privé de la protection du consommateur: Commentaire de *G.M.A.C. c. Arnold*», (1984) 30 *McGill L.J.* 143, p. 153-157.



**i. Application de la double règle quasi délictuelle: problème de la détermination du lieu du délit**

Une première solution consiste à appliquer simplement la double règle propre à la responsabilité quasi-délictuelle de droit commun. Si la construction est érigée au Québec, la loi québécoise s'appliquera à la fois à titre de loi du for et en tant que loi du lieu du «délit». Mais, question générale et complexe, faut-il tenir compte de la loi du lieu de l'acte fautif ou de celle du lieu où le préjudice est subi<sup>29</sup>? La question pourrait se présenter, par exemple, lors d'une action intentée au Québec pour vice de construction d'un édifice québécois dont certaines parties auraient été préfabriquées et montées au lieu, étranger, du siège principal de la société constructrice. On peut aussi songer au cas d'une construction érigée par un constructeur québécois à l'étranger.

La Cour suprême du Canada a décidé, notamment en matière de responsabilité du fabricant pour vice de fabrication, dans des affaires non-québécoises cependant<sup>30</sup>, qu'il fallait retenir comme facteur de rattachement le lieu où se produit l'événement essentiel, c'est-à-dire celui où le préjudice est subi<sup>31</sup>. En serait-il de même pour le droit québécois? À notre avis, tout laisse à penser que oui.

En ce sens, on peut d'abord citer le jugement rendu dans l'affaire *A. Côté et Frères Ltée c. Laboratoires Sagi Inc.*<sup>32</sup>

Le professeur Popovici fait cependant remarquer que le lieu du fait générateur présente au moins autant, sinon plus d'arguments en sa faveur<sup>33</sup>.

29. Voir à ce sujet: A. POPOVICI, «Le "locus delicti" en droit international privé québécois» (1982-83) 17 R.J.T. 463.

30. *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd*, [1975] 1 R.C.S. 393 (appel de la Saskatchewan); voir aussi: *Interprovincial Co-operatives Ltd et al. c. The Queen*, [1976] 1 R.C.S. 477 (appel du Manitoba).

31. Voir CASTEL, *op. cit.*, *supra*, note 2, p. 467; voir A. POPOVICI, *loc. cit.*, *supra*, note 29.

32. J.E. 84-19, C.S. Montréal, no 500-05-011811-834, 24 nov. 1983; (1982-83) 17 R.J.T. 463, commenté par A. POPOVICI, *id.*, p. 463 et suiv.

33. POPOVICI, *id.*, p. 469-473.

D'abord c'était la solution de l'Ancien droit. Mais surtout, le dommage n'est source de l'obligation de réparer que parce qu'il résulte d'une violation d'une obligation légale (celle de s'abstenir de porter préjudice à autrui par intention malveillante ou par négligence). Comme le Québec ne pourrait constitutionnellement pas légiférer extra-territorialement, c'est-à-dire relativement à la commission d'un acte dommageable commis en dehors de son territoire, le droit québécois ne pourrait pas considérer comme fautif un tel acte<sup>34</sup> s'il était valide selon la loi du lieu de commission.

L'auteur reconnaît toutefois que l'argument du droit constitutionnel devrait être examiné plus à fond<sup>35</sup>. Effectivement, une province peut exceptionnellement appliquer l'une de ses lois sans violer la constitution, même si ses dispositions affectent des droits «situés» en dehors de son territoire géographique, si ces effets sont incidents à l'exécution des pouvoirs de la législature<sup>36</sup>.

D'autre part, alors que la responsabilité fondée sur l'article 1053 C.c. nécessite l'existence d'une faute ou d'une négligence pour qu'il en découle une obligation de réparer le dommage, comme le rappelle l'auteur<sup>37</sup>, il existe des cas de responsabilité sans faute.

Or la responsabilité du constructeur, non fondée sur l'article 1053 C.c. mais sur l'article 1688 C.c., envisage plutôt le risque comme base légale, et constitue peut-être même une garantie de réparation du préjudice résultant du

34. *Id.*, p. 469-471.

35. *Id.*, p. 471.

36. Voir en ce sens *Ladore c. Bennett*, [1939] A.C. 468 (P.C.), [1939] 2 W.W.R. 566 (P.C.); *La Reine c. Thomas Equipment Ltd*, [1979] 2 R.C.S. 529, [1979] 96 D.L.R. (3d) 1, 26 N.R. 499; *Churchill Falls (Labrador) Corp. Ltd v. A.-G. of Newfoundland et al.*, (1984) 8 D.L.R. (4th) 1 (C.S.C.), [1984] 1 R.C.S. 297, 47 Nfld & P.E.I.R. 125, 53 N.R. 268; *British Airways Board v. Workers' Compensation Board*, (1985) 17 D.L.R. (4th) 36 (B.C.C.A.); *Re It's Adult Video Plus Ltd and McCausland*, (1991) 81 D.L.R. (4th) 436 (B.C.S.C.). Voir à ce sujet: E. EDINGER «Territorial Limitations on Provincial Powers», (1982) 14 *Ottawa L. Rev.* 57, p. 71; J. BLOM, «The Conflict of Laws and the Constitution - Interprovincial Co-operatives Ltd v. The Queen», (1977) 11 *U.B.C.L. Rev.* 144, p. 154 et suiv.

37. Voir POPOVICI, *loc. cit.*, *supra*, note 29, p. 472.

vice de construction. Même si la faute reste l'*impératif catégorique* de la responsabilité civile<sup>38</sup>, il est très théorique de rattacher, *pour les fins du droit international privé* du moins, cette responsabilité pour vice de construction au lieu de violation de cet impératif catégorique...à moins de pouvoir situer dans l'espace cet impératif. En matière de responsabilité du constructeur, nous avouons donc ne pas pouvoir partager ce point de vue. Nous estimons que l'esprit du droit civil est respecté si l'on considère, au moins aux fins de la détermination de la loi applicable en droit international privé, que le préjudice subi du fait du vice de construction puisse constituer le fait *localisateur* de responsabilité.

De toute façon, le problème de la violation de l'impératif catégorique ne mène pas à autre chose qu'au dilemme devant lequel la Cour suprême du Canada s'est trouvée dans *La Reine c. Thomas Equipment Ltd*<sup>39</sup>: s'il est artificiel de situer géographiquement un droit, une obligation, comment localiser une violation de cette obligation constituée par une faute d'abstention? Dans *Thomas Equipment*, il s'agissait de l'inexécution d'une obligation légale de reprendre des produits invendus édictée par une loi albertaine, par un fabricant du Nouveau-Brunswick, dont la loi, expressément choisie pour régir le contrat, ignorait une telle obligation. La Cour a estimé que le fabricant, en venant faire affaires en Alberta, s'était soumis à ce que l'on pouvait appeler l'*impératif catégorique* albertain.

Nous ne concevons pas de différence entre cette situation et celle du constructeur – ou fabricant – d'éléments préfabriqués en dehors du Québec, qui vient les installer ici, si la construction menace ensuite de s'écrouler. L'«abstention négligente» dure à partir de la fabrication jusqu'à l'intégration dans la construction définitive, au Québec, et ce fait réalise le vice de construction, entraînant le préjudice et l'obligation de réparation.

---

38. Voir POPOVICI, *ibid.*, citant J.-L. BAUDOUIN, *La responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1973, p. 41, no 45.

39. Précité, *supra*, note 36.

De toute façon, on peut soutenir que cette intégration constitue précisément le contact avec la sphère juridique québécoise<sup>40</sup> – qu'on la considère comme fait générateur de préjudice ou non – donnant compétence constitutionnelle à la loi du Québec, selon les conceptions exprimées notamment dans les arrêts *Ladore c. Bennett*, *La Reine c. Thomas Equipment Ltd*<sup>41</sup> et *Churchill Falls (Labrador) Corp. Ltd v. A.-G. of Newfoundland*.

En tout cas, toujours dans cette hypothèse de rattachement, si le préjudice était subi en dehors du Québec, c'est-à-dire au lieu, étranger, de la construction, il faudrait alors cumuler la loi étrangère et la loi québécoise. Il faut préciser à ce sujet que la simple violation d'un règlement étranger de construction, par exemple, suffirait pour remplir la branche *lex loci delicti* de la règle québécoise, même si cette violation n'entraînait à l'étranger qu'une sanction «pénale» ou administrative (amende). Par contre, la seule existence d'une telle sanction étrangère ne suffirait pas: il faudrait aussi vérifier que les faits, s'ils s'étaient déroulés au Québec, auraient pu justifier une action en responsabilité pour vice de construction. En définitive, on pourrait dire que l'utilisation de la règle de conflit «normale» dans notre domaine revient quasiment à appliquer la loi québécoise en tant que *lex fori*, en prenant en considération une situation à l'étranger – l'illégalité de l'acte – pour en tirer des conséquences en droit interne<sup>42</sup>.

40. Le professeur Popovici reconnaît volontiers la pertinence de l'argument (*loc. cit.*, *supra*, note 29, p. 472-473).

41. Arrêts précités, *supra*, note 36.

42. Pour cette notion de prise en considération, voir (en général) P. MAYER: «Formellement, la prise en considération se distingue de l'application en ce que la règle appliquée fournit elle-même la solution substantielle de la question posée tandis que la règle prise en considération est intégrée dans le présupposé de la règle qui se réfère à elle, et dont l'effet juridique détermine seul la substance de la relation juridique [...] la norme étrangère n'est qu'un élément du calcul intégré par la loi [du for].» («Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence», (1979) 68 *Rev. crit. dr. internat. privé* 1, 349, p. 368, no 49); Voir dans le même sens en matière quasi délictuelle: *The «Halley»*, (1868) L.R.2 P.C. 193, p. 203-204, repris dans *Going v. Reid Brothers Motor Sales Ltd et al.*, (1982) 136 D.L.R. (3d) 254 (Ont. H.C.J.), p. 263: «The courts will, however, take into account foreign rules of conduct to determine whether the tort is actionable by the *lex fori*. The rules, such as the speed limit [...] are incorporated into the domestic cause of action as facts to which the *lex fori* is applied» (nos italiques); voir cependant POPOVICI, *loc. cit.*, *supra*, note 29, p. 471.

Une seconde solution au problème du facteur de rattachement consiste à choisir un facteur propre, en suivant la tendance générale à l'éclatement de la règle de conflit extracontractuelle en fonction des différents types de responsabilité. Cette optique pourrait se fonder sur la nature quasi-contractuelle ou «purement» légale de cette responsabilité.

## ii. Choix d'un rattachement spécifique

En assimilant la responsabilité du constructeur pour vice de construction à une question quasi contractuelle, comme une sorte d'enrichissement sans cause de sa part, on devrait appliquer la loi du «lieu de survenance du fait dont l'obligation résulte». On s'inspire ici de la formule peu compromettante de l'Avant-projet québécois de droit international privé<sup>42a</sup> (art. 3492) puisque la jurisprudence n'a pas encore précisé le contenu de la règle de conflit<sup>43</sup>. Cette solution, qui revient exactement à reformuler, d'une autre manière, le problème de la recherche du fait générateur de responsabilité, aboutirait probablement, à notre avis, à la désignation de la loi du lieu de construction, puisque l'obligation résulte du vice de cette construction.

De la même façon, si l'on considère qu'il s'agit d'une responsabilité extracontractuelle «purement» légale, et non quasi délictuelle, on pourrait écarter la double règle jurisprudentielle propre à cette matière: on reviendrait alors à l'article 6 al. 3 C.c., qui permettrait de remonter au grand principe général de la territorialité qu'il exprime implicitement<sup>44</sup> pour déterminer le facteur de rattachement – de type *savignien* – approprié. Cet article énonce en effet:

---

42a. *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit de la preuve et de la prescription et du droit international privé*, Assemblée nationale, 33<sup>ème</sup> Législature, 2<sup>ème</sup> session, Éditeur officiel du Québec, 1988. À ce sujet, voir notamment: J.A. TALPIS et G. GOLDSTEIN, *loc. cit.*, *supra*, note 8; A. PRUJINER, «Le statut des obligations en droit international privé», (1988) 29 *C. de D.* 1097-1127.

43. Voir en ce sens CASTEL, *op. cit.*, *supra*, note 1, p. 489; GROFFIER, *Précis*, *op. cit.*, *supra*, note 2, no 233. Voir aussi Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1988, no 410, p. 643, cités par GROFFIER, no 233, p. 226.

44. Voir CRÉPEAU, *loc. cit.*, *supra*, note 24, p. 15.

«Les lois du Bas Canada relatives aux personnes sont applicables à tous ceux qui s'y trouvent, même à ceux qui n'y sont pas domiciliés; [...]».

Par ailleurs, cette qualification pourrait s'inspirer de l'arrêt *Thomas Equipment*<sup>45</sup>.

À notre avis, la solution reviendrait, là aussi, à appliquer la loi du lieu de construction, cette construction constituant le fait juridique le plus pertinent du point de vue du principe de territorialité: la conclusion du contrat au Québec ne devrait pas suffire.

Les conséquences et les problèmes des deux thèses ayant été envisagés, il faut déterminer quelle qualification, responsabilité civile contractuelle ou extracontractuelle, correspond le mieux à l'esprit du droit québécois (qualification «naturelle») ou à la fonction que les dispositions relatives à cette responsabilité particulière sont destinées à remplir (qualification dite «fonctionnelle»).

---

45. *La Reine c. Thomas Equipment Ltd*, précité, *supra*, note 36, p. 13 (D.L.R.) par le juge Martland: «The present case is not concerned with the contractual rights and obligations of the parties *inter se*. This case arises as a result of the *imposition of statutory obligations* upon vendors of farm implements who sell such machinery in Alberta. The agreement in question here involved the delivery of farm implements by a vendor to a dealer in Alberta for resale there and, in consequence, Thomas became subject to the duties imposed by the statute irrespective of what might be the proper law of the contract which, apart from the statute, would govern the rights of the parties *inter se*». Voir H.P. GLENN, «Conflict of Laws – Eviction of Proper Law of Contract by Legislation Creating Provincial Offence – Extraterritorial Effect of Provincial Legislation – Where is an Omission?», (1981) 59 *R. du B. Can* 840; R.K. PATERSON, «Do Unto Others: the Extraterritorial Reach of Regulatory Legislation in Canada», (1980–81) 5 *Can. Bus. L.J.* 114; J. BLOM, «Case Comments. Conflict of Laws and Constitutional Law – Extraterritorial Provincial Legislation – The Queen v. Thomas Equipment Ltd», (1982) 16 *U.B.C.L. Rev.* 357; EDINGER, *loc. cit.*, *supra*, note 36; GROFFIER, *Précis, op. cit.*, *supra*, note 2, no 31 et 35.

**c. La qualification en droit positif interne**

On constate que la qualification extracontractuelle, légale, semble assez nettement l'emporter sur la qualification contractuelle en droit québécois.

À ce sujet, l'article 35 de la *Loi québécoise sur la qualification professionnelle des entrepreneurs de construction*<sup>46</sup> dispose:

«La personne dont le principal établissement est situé hors du Québec et qui désire exécuter ou faire exécuter des travaux de construction au Québec doit obtenir de la Régie une licence temporaire délivrée selon les règlements et lui permettant d'exécuter ou de faire exécuter ces travaux.

Pour obtenir une licence, son maintien ou son renouvellement, le demandeur doit élire domicile au Québec. [...]»

Cet article définit son domaine à la fois par rapport au domicile du constructeur et au lieu d'exécution des travaux, mais il est pourtant clair que l'élément essentiel qui déclenche l'application de ce régime (incluant l'obligation d'élire un domicile au Québec et de remettre un cautionnement) est le fait de construire au Québec. Nous avons donc ici un fort indice de la conception que retient le législateur québécois de la territorialité dans notre domaine, au sujet d'une loi de droit public, imposant des contraintes ou des obligations légales.

Il est essentiel de bien saisir le sens que le législateur a donné à cette disposition, car elle constitue pratiquement la seule esquisse d'une réglementation en droit international privé des contrats de construction et de la responsabilité civile du constructeur.

L'article 35 est à notre avis la charnière entre les deux éléments dont le législateur québécois disposait. D'un côté, comme nous allons le préciser plus loin, la jurisprudence de droit interne s'orientait assez nettement vers une qualification extracontractuelle de la responsabilité du constructeur pour vice

---

46. L.R.Q. 1977, c. Q-1.

de construction, et semblait donc empêcher l'utilisation de la règle de conflit contractuelle.

De l'autre, l'article 6 al. 3 C.c., clef de voûte de la responsabilité extracontractuelle en droit international privé québécois, semble exiger la «présence» au Québec des personnes visées. Or le fondement de la responsabilité de l'article 1688 C.c. est soit le fait générateur du préjudice, c'est-à-dire une faute (d'abstention) de la part du constructeur – l'acte dommageable – soit le préjudice subi, c'est-à-dire le risque que l'écroulement de la construction entraîne pour le maître d'ouvrage et surtout pour le public en général.

Donc, pour respecter à la fois la lettre de l'article 6 al. 3 C.c. et la qualification jurisprudentielle de la responsabilité, et pour atteindre les buts de protection du public local québécois, la structure adoptée en conséquence fut l'exigence de cette élection de domicile au Québec pour tout constructeur étranger qui voulait exécuter des travaux de construction *sans s'y trouver* d'une façon stable. Ainsi, on s'assurait que ce constructeur *se trouvait* au Québec et que sa responsabilité pour vice de construction en cette province, découlant de l'article 1688 C.c., pouvait être directement fondée sur l'article 6 al. 3 C.c.

À notre avis, c'est précisément de cette exigence d'une élection de domicile au Québec que l'on peut tirer une preuve tangible de l'intention du législateur québécois de choisir la règle de conflit extracontractuelle pour régir la responsabilité découlant de l'article 1688 C.c. La formulation *unilatéraliste* de la règle de conflit implicitement consacrée se prêtait d'ailleurs à une bilatéralisation, mais le législateur n'était pas préoccupé par l'écroulement des constructions situées hors du Québec.

Comme nous l'avons dit, la conception territorialiste de l'article 35 de la *Loi sur la qualification professionnelle des entrepreneurs de construction*, correspond par ailleurs à la qualification que semble favoriser la jurisprudence québécoise en droit interne. Dans l'affaire *La Fabrique de la Paroisse de St-Philippe d'Arvida c. Desgagné*<sup>47</sup>, la Cour d'appel affirme:

---

47. [1979] C.A. 198.



«L'article 1688 C.C. crée un régime spécial de responsabilité, soit une responsabilité légale dont le cadre, d'une part, coïncide pour partie avec celui de la responsabilité du droit commun, soit la responsabilité contractuelle, et, d'autre part, le déborde substantiellement.<sup>48</sup>»

Selon cette opinion, il s'agirait donc d'une responsabilité *légale* dont le *fait* générateur serait le *vice de construction*, même si elle recouvre des situations sujettes, par ailleurs, à la responsabilité contractuelle<sup>49</sup>. Cette superposition de domaines ne rendrait pas contractuelle cette obligation, que d'aucuns considèrent comme de garantie. Ainsi M. le juge Bélanger, dans la même affaire, affirme:

«À mon avis, c'est une garantie que crée l'article 1688 C.C.; le *fondement juridique du recours est un fait*: le vice de la construction ou du sol mettant l'édifice en péril. Ce recours n'épuise pas tous les droits du propriétaire, ceux dont le fondement est la faute contractuelle qu'il doit prouver.<sup>50</sup>»

M. le juge Bernier soutient de son côté:

«[L'article 1688] vise une situation de fait bien précise: celle de la perte partielle ou totale de l'édifice par suite d'un vice de construction ou du sol. Dans ce cas où la responsabilité de l'architecte ou de l'entrepreneur ne serait normalement engagée en vertu du droit commun que si le maître de l'oeuvre prouve un défaut ou vice contractuel de leur part, l'article 1688 C.C. impose [...] une respon-

48. *Id.*, p. 204-205.

49. Au Québec, l'article 1688 C.c. incorpore au *Code civil* l'arrêt *Brown c. Laurie*, ((1855) 5 L.C.R. 65 B.R.), repris, par le Conseil privé dans *Wardle c. Bethune*, (1871) L.R.4 (P.C.) Ap. 33 où il est dit, p. 54-55: «there is *annexed* to the contract, *by force of law*, a warranty of the solidity of the building...» (nos italiques). La Cour suprême du Canada a notamment suivi cet arrêt dans *Canadian Consolidated Rubber Co. c. T. Pringle & Son Ltd and The Foundation Co. Ltd*, [1930] R.C.S. 477, où il est dit à la p. 480: «According to the decision of the Privy Council referred to, article 1688 of the Civil Code *imported into the contracts* [...] a warranty of the stability of the dam for ten years». (nos italiques)

50. *La Fabrique de la Paroisse de St-Philippe d'Arvida c. Desgagné*, précité, *supra*, note 47, p. 202-203 (nos italiques).

sabilité légale conjointe et solidaire dont seuls le cas fortuit ou la faute entière du maître de l'oeuvre ou d'un tiers pourront les relever; la loi les rend garants de la solidité de l'oeuvre; [...]»<sup>51</sup>

À l'encontre de cette qualification, on peut opposer qu'en réalité, même si la loi crée cette obligation de réparation, elle ne le fait qu'en raison de l'existence d'un contrat et elle l'intègre d'ailleurs dans le champ contractuel<sup>52</sup>; de toute façon, la qualification d'obligation de «garantie» n'exclut pas cette responsabilité du domaine contractuel.

Par ailleurs le fait qu'elle soit généralement considérée d'ordre public<sup>53</sup> – au moins en droit interne – ne permet pas non plus de trancher la question. Au contraire, en faveur de la qualification contractuelle, on peut invoquer le fait que, bien qu'il n'existe évidemment aucun contrat entre l'acheteur et le constructeur ou l'architecte, le droit – de source contractuelle – aux dommages, en vertu de l'article 1688 C.c. est transmis aux acheteurs successifs de l'édifice, à titre d'*accessoire* du droit de propriété<sup>54</sup>.

La qualification s'effectuant, nous l'avons dit, selon les catégories – élargies – du droit civil interne du for, il nous appartient, dans le cadre de cet article portant sur le droit international privé, d'essayer de déterminer la qualification qui correspond le mieux à l'esprit du droit civil, mais il n'est pas dans notre intention de régler ici la controverse en droit civil interne. Or, la

- 
51. *Id.*, p. 205. Nous ne partageons pas totalement ce point de vue: s'il s'agit vraiment d'une obligation de garantie, le cas fortuit ne doit pas libérer le garant de sa responsabilité.
52. ROUSSEAU-HOULE, *Les contrats de construction en droit public et privé*, Montréal, Wilson & Lafleur, Sorej, 1982, p. 310-311.
53. *La Fabrique de la Paroisse de St-Philippe d'Arvida c. Desgagné*, précité, *supra*, note 47, p. 205 par le juge Bernier: «[I]l s'agit d'une disposition d'ordre public que les parties par convention ne pourront à l'avance même minimiser». Voir aussi *Davie Shipbuilding Ltd c. Cargill Grain Co. Ltd*, [1978] 1 R.C.S. 570 (cité par le juge, *ibid.*).
54. *La Fabrique de la Paroisse de St-Philippe d'Arvida c. Desgagné*, précité, *supra*, note 53, p. 205; *McGuire c. Fraser*, (1908) 17 B.R. 449 conf. par (1908) 40 R.C.S. 577 (cité par le juge, *ibid.*).

doctrine – notamment la doctrine française – est profondément divisée à ce sujet<sup>55</sup>.

À notre connaissance, la seule décision qui traite de cette question de qualification, en droit international privé, est l'arrêt de la Cour d'appel rendu en 1976 dans l'affaire *Procon (Great Britain) Ltd v. Golden Eagle Co. Ltd*<sup>56</sup>. La Cour y écartait l'effet d'une clause compromissoire, contenue dans un contrat d'entreprise, donnant compétence à la Cour d'arbitrage de Londres, au motif que l'action, fondée sur l'article 1688 C.c., était une question de responsabilité *légal*e et non une action fondée sur le contrat: la clause compromissoire était donc applicable.

La solution revenait à dire ce que nous soutenons: en droit québécois les parties n'ont pas le choix de la loi applicable à la responsabilité civile du constructeur fondée sur l'article 1688 C.c. parce que cette question ne relève pas du domaine de la loi d'autonomie. Toutefois, on peut expliquer cette solution de deux façons: les parties n'ont pas le choix, soit parce qu'il s'agit d'une question extracontractuelle et que la règle de conflit propre à ce domaine envisage l'application impérative de la loi territoriale (art. 6 al. 3 C.c.), soit parce que, même si l'on se trouve dans le domaine contractuel, la loi d'autonomie se heurte à certaines lois impératives, tel l'article 1688 C.c., comme le prévoit l'article 8 C.c.

Quoi qu'il en soit, en droit international privé québécois, nous estimons qu'actuellement les prétentions relatives à cette responsabilité pour vice de construction seraient probablement soumises à une règle de conflit extracontractuelle plutôt qu'à la loi d'autonomie. Il en résulterait que les parties ne pourraient pas choisir une autre loi que celle du lieu du fait générateur de l'obligation légale. De plus, à notre avis, cette loi territoriale devrait être celle

---

55. Voir à ce propos ROUSSEAU-HOULE, *op. cit.*, *supra*, note 52, p. 310-314. L'auteur penche plutôt pour la qualification «légale», tout comme l'O.R.C.C. (*id.*, p. 313). Elle cite des décisions allant dans les deux sens ou même qui semblent *cumuler* les qualifications (*id.*, p. 313-315).

56. [1976] C.A. 565. Voir M. LALONDE, J.N. BUCHANAN, J.C. ROSS, «Domestic and International Commercial Arbitration in Quebec: Current Status and Perspectives for the Future», (1985) 45 *R. du B.* 705, p. 722-725.

du lieu d'exécution des travaux – *lex loci delicti* – qui correspondrait aussi avec celle du lieu de situation de l'immeuble.

En tout cas, pour être pertinente, fonctionnelle, la formulation de la règle de conflit québécoise devrait tenir compte de la politique interne québécoise de protection du maître d'ouvrage et du public. En restant dans la méthode traditionnelle et en admettant une qualification extracontractuelle, on est poussé à souhaiter l'adoption d'une règle de conflit à caractère substantiel<sup>56a</sup> comportant un facteur de rattachement alternatif. On pourrait simplement adapter la règle de conflit relative à la responsabilité du fabricant de bien mobilier, dans le futur Code civil. L'article 3128 du Projet de loi 125 donne le choix à la victime entre la loi du lieu de résidence du fabricant et celle du lieu d'acquisition du bien<sup>57</sup>. Notre règle de conflit se traduirait ainsi par un choix possible, selon la loi la plus favorable au maître d'ouvrage, entre celle de l'établissement principal du constructeur et celle du lieu de la construction. De cette façon, on prolongerait au plan international la politique destinée à protéger le public puisque le constructeur serait tenu aux standards de la loi la plus sévère. De plus, cette loi correspondrait sans doute aux attentes des parties: le constructeur connaît la loi de son établissement principal et ne peut prétendre être surpris par l'application de celle du lieu étranger où il va construire. Il faut toutefois noter que l'article 3127 du même projet impose l'application de la loi contractuelle, à l'exclusion de la loi extracontractuelle, «[l]orsque l'obligation de réparer un préjudice résulte de l'inexécution d'une obligation contractuelle». En matière de responsabilité du constructeur pour vice de construction, si l'on soutient que l'obligation de réparer le préjudice résulte du fait du vice de construction et non du contrat, cette disposition ne devrait pas écarter l'application de la loi extracontractuelle.

56a. Voir à ce sujet, notamment: P.M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Genève, Georg, 1985; A. BUCHER, «Sur les règles de rattachement à caractère substantiel», dans *Liber Amicorum Adolf F. Schnitzer*, Genève, Georg, 1979, p. 37.

57. Précité, *supra*, note 6, art. 3128: «La responsabilité du fabricant d'un bien meuble, quelle qu'en soit la source, est régie, au choix de la victime: 1° Par la loi de l'État dans lequel le fabricant a son établissement ou, à défaut, sa résidence; 2° Par la loi de l'État dans lequel le bien a été acquis».

Toutefois, si les juges acceptaient une qualification contractuelle, les parties seraient libres de choisir une loi étrangère mais la législation québécoise pourrait et devrait intervenir comme loi de police ou au nom de l'exception d'ordre public. Avant d'envisager cette possibilité, on doit, dans les deux cas, déterminer le domaine de la loi applicable à la responsabilité civile du constructeur.

**C. Le domaine de la loi applicable à la responsabilité civile du constructeur**

Ce domaine devrait comprendre nécessairement des questions comme la validité des clauses d'exclusion de responsabilité<sup>58</sup>, la détermination des personnes qui y sont soumises et ses conditions, notamment le problème de savoir si le fait générateur doit avoir ou non le caractère d'une faute<sup>59</sup>, ses causes éventuelles d'exonération, l'étendue de la solidarité qui en résulte et la durée de cette responsabilité (5 ou 10 ans), etc.

Mais quelle loi gouverne les délais d'action en responsabilité, prévus au Québec dans l'article 2259 C.c.? Il ne s'agit plus ici du principe de la responsabilité, ni de son contenu, mais plutôt d'une question de prescription de l'action, ou de «délai préfix»<sup>60</sup>. Le choix qui se présente ici consiste soit, comme on le fait normalement en droit civil, à faire régir la prescription par la loi applicable au fond – ici, la loi gouvernant la responsabilité civile du constructeur – soit, comme en common law, à la soumettre à la loi du tribunal saisi en l'assimilant à la procédure. Il n'existe malheureusement pas au Québec

58. Voir en ce sens, au sujet de la vente, le récent arrêt de la Cour de Cassation (1<sup>re</sup> Ch. civ.), 4 octobre 1989, (*Soc. De Baat en Zegwaard c. Soc. les Fils Charvet et Porteix*), (1990) 79 *Rev. crit. dr. internat. privé* 316, note P. LAGARDE.

59. Voir en ce sens A. TOUBIANA. *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé: Contrats internationaux et dirigisme étatique*, Paris, Dalloz, 1972, no 143, p. 117.

60. Sur la prescription en droit international privé, voir notamment F. HAGE-CHAHINE, *Les conflits dans l'espace et dans le temps en matière de prescription*, Paris, Dalloz, 1977; «La vérité jurisprudentielle sur la loi applicable à la prescription extinctive de l'obligation», dans *Mélanges Weill*, Paris, Dalloz et Litec, 1983, p. 303.

de règle générale de conflit relative à la prescription<sup>61</sup>, à l'exception de l'article 2189 C.c., soumettant la prescription immobilière à la *lex rei sitae*<sup>62</sup>.

La question est rendue très complexe en raison de l'existence de véritables règles matérielles à but international d'une rédaction plutôt obscure, contenues aux articles 2190 et 2191 C.c.<sup>63</sup>. Elles déterminent les modalités de calcul de prescription (jonction de périodes etc.) acquise selon la loi québécoise ou étrangère, mais ne précisent pas en vertu de quelle loi leur prise en considération s'impose<sup>64</sup>. À notre avis, leur rédaction paraît indiquer leur rattachement à la procédure: d'une part, les facteurs déterminant leurs règles de calcul sont en fait des chefs de compétence juridictionnelle et d'autre part, elles restent muettes quant à la loi applicable à la cause du recours à la prescription, ce qui suggère à ce sujet l'application de la loi du for.

61. Voir à ce sujet: J.-G. FRÉCHETTE, «La prescription en droit international privé», (1972) 3 R.D.U.S. 121; CASTEL, *op. cit.*, *supra*, note 2, p. 744 et suiv.; GROFFIER, *Précis*, *op. cit.*, *supra*, note 2, no 236, p. 228.

62. Cette règle ne s'applique pas à la responsabilité pour vice de construction, même d'un immeuble, parce que cette question ne le touche qu'indirectement. Il s'agit essentiellement de déterminer la loi applicable à la durée d'une action *personnelle*.

63. «Art. 2190. En matière de biens meubles et d'actions personnelles, même en matière de lettres de change et de billets promissaires, et en affaires de commerce en général, l'on peut invoquer séparément ou cumulativement:

1. La prescription entièrement acquise sous une loi différente lorsque la cause d'action n'a pas pris naissance dans le Bas Canada, ou que la dette n'y a pas été stipulée payable, et lorsque cette prescription a été ainsi acquise avant que le possesseur ou le débiteur y ait eu son domicile;

2. La prescription entièrement acquise dans le Bas Canada, à compter de l'échéance de l'obligation, lorsque la cause d'action y a pris naissance ou que la dette y a été stipulée payable, ou que le débiteur y avait son domicile à l'époque de cette échéance; et dans les autres cas à compter de l'acquisition de ce domicile par le débiteur ou le possesseur;

3. La prescription résultant de temps successifs écoulés dans les cas de deux paragraphes précédents, lorsque le temps écoulé sous la loi différente a précédé.

Art. 2191. Les prescriptions qui ont commencé à courir sous l'empire des lois du Bas Canada son parachevées conformément aux mêmes lois, sans préjudice à invoquer celles qui s'étaient auparavant accomplies sous une loi différente, ou les temps combinés d'après l'une ou l'autre loi, conformément à l'article qui précède.

64. Voir en ce sens, GROFFIER, *Précis*, *op. cit.*, *supra*, note 2, no 236, p. 228.

En définitive, il semble bien que ces dispositions, tout comme la double règle jurisprudentielle applicable en matière de responsabilité quasi délictuelle, n'organisent en fait que la «prise en considération» de solutions découlant de l'applicabilité de lois étrangères au fond du litige, *sans envisager leur application aux questions de prescription qui en découlent*<sup>65</sup>.

La jurisprudence, en tout cas, résoud les problèmes de prescription sans aucune constance, certains arrêts utilisant les règles de la loi du for (québécoise), d'autres, les règles étrangères de prescription de la loi régissant au fond le rapport ayant donné naissance à l'action (*lex causae*)<sup>66</sup>. Cette dernière solution, celle du droit civil en général, apparaît plus satisfaisante aux auteurs québécois<sup>67</sup>, malgré les difficiles problèmes de preuve de la loi étrangère qu'elle comporte.

Sans prendre parti dans ce débat difficile, on peut tenter d'examiner l'application des articles 2190 et 2191 C.c. dans quelques cas qui nous concernent directement.

Si la construction a lieu au Québec, la loi québécoise s'appliquera à la prescription, ou à la durée du droit d'action, relative à la responsabilité du constructeur pour vice de construction, en tant que loi du for (applicable à la procédure) ou comme *lex causae* (applicable en tant que loi du lieu d'exécution de la construction – loi territoriale). Alors l'article 2190.2 permettra d'invoquer la prescription entièrement acquise selon la loi québécoise puisque la «cause d'action» – l'un des critères retenus par cette disposition – y aura pris naissance.

Toujours dans la même hypothèse, si la prescription n'est pas totalement «acquise» selon la loi québécoise, c'est-à-dire si l'action contre le constructeur se situe par exemple à l'intérieur de la durée de 5 ans à partir de la perte (art. 2259 al. 1 C.c.), les articles 2190 et 2191 C.c. ne devraient pas

65. Voir à ce sujet, *supra*, note 41.

66. Voir sur cette jurisprudence, CASTEL, *op. cit.*, *supra*, note 2, p. 745-747.

67. Voir en ce sens CASTEL, *id.*, p. 748; FRÉCHETTE, *loc. cit.*, *supra*, note 61, p. 126.

permettre de faire appel à une prescription plus courte découlant d'une loi étrangère, par exemple de celle de l'établissement principal de l'entrepreneur.

Si la construction n'a pas lieu au Québec, la loi québécoise n'est plus la *lex causae* mais uniquement la loi du for<sup>68</sup>. En réalité, peu importe alors, pour appliquer les articles 2190 et 2191 C.c., le rattachement choisi pour la prescription. *Lex causae* et *lex fori* peuvent éventuellement cumuler leurs années de prescription pour dégager le constructeur de la responsabilité pour vice de construction (art. 2191 C.c. et art. 2190.3 C.c.). Sans cumul, il sera possible par exemple d'invoquer le fait que le recours est prescrit selon la loi étrangère du lieu de la construction, à condition que cette prescription ait été entièrement acquise avant que le constructeur n'ait acquis un domicile québécois (art. 2190.1 C.c.).

Si le recours en responsabilité pour vice de construction n'est pas encore prescrit selon la loi étrangère du lieu de construction lorsque le constructeur a acquis un domicile au Québec, celui-ci pourra invoquer la prescription du droit québécois (art. 2259 C.c.); il cumulera les années de prescription pendant lesquelles il n'était pas domicilié au Québec, avec celles écoulées sous la loi québécoise<sup>69</sup>.

Dans ce cas, on voit bien qu'il n'y a pas d'application de la loi étrangère, en tant que *lex causae*, à la prescription mais simple prise en

68. Voir par analogie, en matière de responsabilité quasi-délictuelle pour accident de la route: *The Scottish Metropolitan Ass. Co. Ltd v. Graves*, [1955] C.S. 88, p. 95; *Beach v. Avis Transport of Canada Ltd et al.*, [1978] C.S. 418.

69. *The Scottish Metropolitan Ass. Co. Ltd v. Graves*, *ibid.* Un Arrêt (*Holtzheuser et al. c. Robberecht*, [1961] C.S. 423) a cependant appliqué une méthode de calcul proportionnel, proposée par Mignault (P.B. MIGNAULT, *Droit civil canadien*, t. 9, Montréal, Wilson & Lafleur, 1916, p. 355-356). On ne cumule pas simplement les années de prescription à atteindre en tenant compte de deux lois. Mignault expliquait qu'autrement le calcul revenait purement et simplement à toujours appliquer «la prescription de notre droit, et alors, il était inutile de parler de la jonction des deux périodes», (*id.*, p. 355). Notre analyse est différente: la loi québécoise s'applique seule mais elle prévoit une règle matérielle spéciale à but international, qui *prend en considération*, sans l'appliquer en tant que telle, la loi étrangère et sa durée de prescription, pour en tirer des conséquences en droit québécois.



considération d'années passées en regard d'une loi étrangère pour un calcul exclusivement fondé sur la loi québécoise (applicable en tant que loi procédurale du for). Mais quel système juridique étranger prend-on en considération? Les articles ne le disent pas, cependant la jurisprudence a précisé, en matière de quasi-délit, qu'il s'agissait de celui où la cause d'action a pris naissance<sup>70</sup>. On a ainsi pratiquement bilatéralisé l'article 2190 C.c. En tout cas les cours n'ont pas décidé pour autant que la loi étrangère s'appliquait en matière de prescription, en tant que *lex causae* (ou loi applicable au fond du litige)<sup>71</sup>.

Ayant examiné les questions posées par la détermination de la loi applicable à la responsabilité du constructeur, il reste à étudier l'hypothèse de la mise à l'écart de la loi étrangère désignée, au nom de l'ordre public québécois, ou encore celle de l'intervention de lois de police dans le domaine.

## II. L'ordre public international et la responsabilité civile du constructeur pour vice de construction

Nous traiterons cette question en deux points. Qu'elle se pose au sujet des lois de police ou par le biais de l'exception d'ordre public, elle comporte en effet deux aspects: les dispositions québécoises relatives à la responsabilité du constructeur pour vice de construction ou du sol sont-elles impératives en droit international privé? (A) Dans l'affirmative, dans quelles situations internationales interviendraient-elles? (B)

---

70. *Ibid.* Voir aussi *Beach v. Avis Transport of Canada Ltd et al.*, précité, *supra*, note 68.

71. *Beach v. Avis Transport of Canada Ltd et al.*, *id.*, p. 421 par le juge Rothman: «But even if one were to accept the distinction between substantive and procedural questions in the present case, I am not aware of any Quebec authority to support the proposition that prescription is always to be governed by the law of the place where the cause of action arose because it is a substantive matter. There is, however, some authority to the contrary.»

**A. La responsabilité civile du constructeur pour vice de construction est-elle d'ordre public international?**

Envisageons la situation où la construction est érigée à l'étranger. Le juge québécois, saisi par le maître d'ouvrage en raison du domicile du constructeur au Québec, donnerait-il gain de cause au premier s'il invoquait l'application des articles 1688 C.c. et 2259 C.c., alors que la loi étrangère ne comprend par hypothèse aucune responsabilité de ce type?

Dans l'optique d'une qualification extracontractuelle de la responsabilité du constructeur, on s'aperçoit qu'il y a assez peu de place pour un raisonnement en terme d'exception d'ordre public. En effet, si l'on prend pour acquis la double règle de common law s'appliquerait alors, nous avons vu que la jurisprudence a décidé qu'il suffit que l'acte soit «injustifiable» selon la *lex loci delicti* pour que la responsabilité de la loi québécoise, applicable en tant que *lex fori*, intervienne. Or, il serait assez difficile de trouver une loi étrangère qui justifierait le constructeur de bâtir une construction menaçant ruine, ou de ne pas prêter attention à l'état du sol pour construire, sans au moins prévoir une responsabilité contractuelle ou quasi délictuelle.

Si, au contraire, la responsabilité étrangère de la *lex loci delicti* était plus large que celle du droit québécois, alors cette dernière, *lex fori*, interviendrait de toute façon en vertu de la seconde «branche» de la règle québécoise, pour «tailler» la responsabilité à la mesure du droit québécois. En d'autres termes, la règle de conflit comprenant elle-même l'application de la loi du for, l'exception d'ordre public est exclue puisque celle-ci n'intervient que pour écarter la loi étrangère.

Si la règle de conflit était plutôt directement tirée du principe de territorialité (art. 6 al. 3 C.c.), toujours en considérant le vice de la construction comme le *fait juridique* justifiant la responsabilité, alors la question de l'intervention extraterritoriale des dispositions québécoises à l'encontre d'une loi étrangère pourrait se poser directement du fait de l'article 6 al. 3 si le constructeur avait un établissement au Québec ou indirectement au nom de l'ordre public si d'une façon ou d'une autre la solution étrangère choquait les conceptions québécoises.

Mais c'est surtout dans l'hypothèse où l'on qualifierait la responsabilité de contractuelle que le problème deviendrait réel puisque les parties pourraient écarter le droit québécois, notamment l'article 1688 C.c., même au sujet d'une construction érigée au Québec. On devrait alors faire appel à l'exception d'ordre public pour éviter ce résultat.

D'ailleurs, dans cette optique, il ne faudrait qu'un pas pour franchir le Rubicon méthodologique<sup>72</sup> et considérer l'article 1688 C.c. comme une loi de police, à partir du moment où le caractère impératif de cette disposition apparaîtrait suffisamment vital pour le Québec.

Il faut donc d'abord se demander si cette disposition a un caractère suffisamment impératif, en droit interne, pour «forcer la compétence» internationale de l'ordre juridique québécois, directement (en tant loi de police) ou indirectement (par l'exception d'ordre public).

Au Québec comme ailleurs, on fonde cette responsabilité civile sur deux motifs, pour la considérer d'ordre public interne: l'ignorance du maître d'ouvrage, face à l'expertise du constructeur (motif d'intérêt privé) et la protection de la sécurité du public vis-à-vis de bâtiments dangereux (motif d'intérêt public)<sup>73</sup>.

En définitive, seul le second constituerait éventuellement un motif suffisant pour forcer la compétence de l'ordre juridique local québécois. Il faut préciser qu'en droit interne, le maître d'ouvrage, s'il est lui-même expert, ne bénéficie pas de la protection de l'article 1688 C.c.<sup>74</sup>, ni lorsqu'il intervient dans la construction<sup>75</sup>. De plus, la majorité de la jurisprudence affirme qu'il

72. Voir, en faveur d'une telle approche, en général: J. TALPIS, *loc. cit.*, *supra*, note 28; voir aussi GROFFIER, *Précis, op. cit.*, *supra*, note 2, no 31 et 32, p. 35-37.

73. Voir J.W. DURNFORD, «The Liability of the Builder, Architect and Engineer for Perishing and Other Defects in Construction», (1967) 2 R.J.T. 161, p. 184; ROUSSEAU-HOULE, *op. cit.*, *supra*, note 52, p. 315 et suiv.

74. *Davie Shipbuilding Ltd c. Cargill Grain Co. Ltd*, précité, *supra*, note 53; ROUSSEAU-HOULE, *id.*, p. 316-317.

75. DURNFORD, *loc. cit.*, *supra*, note 73, p. 186; *Davie Shipbuilding Ltd c. Cargill Grain Co. Ltd*, *ibid*; *contra*, ROUSSEAU-HOULE, *id.*, p. 316.

est illégal de se dégager à l'avance d'une telle responsabilité par une clause contractuelle, bien qu'un juge se soit récemment déclaré prêt, en *obiter*, à accepter l'exclusion de garantie par une clause expresse sans ambiguïté<sup>76</sup>.

Dans tous ces cas, que devient l'intérêt public? Le problème est bien là: la politique de protection préventive des tiers ne peut être toujours maintenue par ce moyen indirect précisément en raison du cadre contractuel. Cette «annexe» contractuelle ne peut normalement pas être invoquée par les tiers, peut être insuffisamment protégés par la responsabilité quasi délictuelle de droit commun. La fiction atteint ses limites.

Dans ces circonstances, il ne nous semble pas évident de pouvoir tirer de cette législation un principe justifiant l'intervention de la loi québécoise à titre d'exception d'ordre public, pour écarter la solution matérielle de la loi étrangère<sup>77</sup>. *A fortiori*, le même raisonnement peut être étendu à l'analyse en terme de loi de police.

On doit toutefois rappeler que la Cour d'appel en 1976, dans l'affaire *Procon (Great Britain) Ltd v. Golden Eagle Co. Ltd*<sup>78</sup> a écarté une clause compromissaire contenue dans un contrat d'entreprise, en vertu de l'ancien article 940 C.p.c. qui prescrivait qu'on ne pouvait compromettre sur les questions concernant l'ordre public<sup>79</sup>. Les motifs étaient que l'action fondée sur l'article 1688 C.c. était une question de responsabilité *légitime* et non une action fondée sur le contrat – donc que la clause était inapplicable. De plus, l'article 1688 C.c. serait une disposition *d'ordre public*<sup>80</sup>, donc non susceptible de compromis.

---

76. *Sergerie c. Houde*, J.E. 79-439, C.S. Terrebonne, no 05-002011-769, 2 avril 1979, p. 12-13 du jugement.

77. Voir dans le même sens: DESCHAMPS, *loc. cit.*, *supra*, note 1, p. 479.

78. Précité, *supra*, note 56.

79. Voir maintenant l'article 1926.2 C.c. du même effet. Mais voir pour une critique de sa formulation: G. GOLDSTEIN et J. TALPIS, *L'effet au Québec des jugements étrangers en matière de droits patrimoniaux*, Montréal, Thémis, 1991, p. 243-244.

80. GOLDSTEIN et TALPIS, *id.*, 567.

Par conséquent, il faut déterminer les cas où l'on pourrait estimer *nécessaire* que la loi québécoise intervienne.

**B. Le domaine des articles 1688 et 2259 C.c. s'ils étaient considérés d'ordre public international**

Que l'analyse soit effectuée en terme d'exception d'ordre public ou en terme de loi de police, il faut déterminer à quelles situations internationales ces dispositions s'appliqueraient. Ceci est bien évident pour la loi de police. Mais, de même, l'exception d'ordre public ne doit intervenir que si la *solution matérielle* donnée par la loi étrangère heurte l'ordre public du for<sup>81</sup>.

Cette conception classique nécessite, à notre avis, la présence d'un *impact*, normalement de nature territoriale, sur l'ordre juridique québécois<sup>82</sup>. Or, la politique québécoise de protection du public, à la base du caractère d'ordre public de la responsabilité du constructeur, ne nous semble raisonnablement concerner que la population québécoise dans son ensemble.

On n'imaginerait pas en effet le législateur québécois envisager, par cette responsabilité, la protection préventive des Québécois quel que soit l'endroit où l'un d'entre eux se trouverait. On pourrait dire, si l'on nous pardonne cet emprunt à la théorie américaine des intérêts gouvernementaux, que le Québec n'aurait *aucun intérêt légitime* à mettre en oeuvre, de façon universelle, sa politique préventive sous-tendant l'article 1688 C.c.

En premier lieu, dans l'hypothèse d'une qualification extracontractuelle de cette responsabilité, aucune loi étrangère ne pourrait avoir cet impact nécessaire sur l'ordre juridique québécois si la loi locale québécoise régit exclusivement la responsabilité du constructeur vis-à-vis des constructions érigées au Québec, les seules qui menacent la sécurité de l'ensemble de la société québécoise.

---

81. Voir P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, L.G.D.J. 1959, no 140, p. 164-165.

82. Nous faisons référence ici à la théorie, connue notamment en Suisse et en Allemagne, et récemment assez utilisée dans la jurisprudence française, de la *Binnenbeziehung* (voir notamment, LAGARDE, *id.*, no 48 et suiv., p. 55 et suiv.).

De la même façon, si l'on envisage maintenant la question sous l'angle des lois de police, le seul intérêt *vital* que le législateur québécois puisse, à notre avis, exprimer dans notre domaine, ne concerne que la sécurité des Québécois vis-à-vis des édifices au Québec<sup>83</sup>. Comme la règle de conflit régissant la responsabilité extracontractuelle (confondue à l'origine avec les «lois de police ou de sûreté<sup>84</sup>») est tirée elle-même du principe de territorialité, il n'est pas nécessaire de faire appel à la notion de loi de police à ce sujet, dans cette hypothèse de qualification.

Par conséquent, si la responsabilité spéciale des constructeurs était considérée d'ordre public international au Québec, ni l'exception d'ordre public, ni la théorie des lois de police ne justifieraient, à notre avis, d'attribuer aux dispositions québécoises un domaine d'application international différent de celui résultant de la règle de conflit extracontractuelle. Ceci milite, à notre sens, pour une telle qualification, au moins pour les fins du droit international privé, puisqu'on éviterait ainsi de faire appel à des moyens dont on s'entend à reconnaître que le domaine doit être le plus restreint possible.

Si l'on envisage au contraire la seconde hypothèse de qualification – responsabilité contractuelle – la loi québécoise pourrait, et même devrait être invoquée au nom de l'exception d'ordre public malgré un choix exprès ou même implicite en faveur d'une loi étrangère, toutes les fois que la construction viciée menacerait de s'écrouler au Québec; cet impact serait suffisant pour justifier cette intervention. De fait, il est impensable de ne pas se plier aux exigences impératives de la loi du lieu de construction.

Par contre, on pourrait difficilement considérer comme légitime ce raisonnement si un maître d'ouvrage ou un acheteur postérieur, domicilié au Québec, subissait un préjudice du fait d'une construction viciée élevée en dehors de cette province, et que la loi étrangère applicable ne réparerait pas de la même façon que l'article 1688 C.c. En ce cas, seul l'intérêt privé

---

83. Voir l'article 35 de la *Loi sur la qualification professionnelle des entrepreneurs de construction*, précitée, *supra*, note 46.

84. Voir à ce sujet: T. VANDER ELST, *Les lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge*, Bruxelles, Parthénon, t. 1, 1956, t. 2, 1963.

subsisterait et l'attribution du caractère impératif, d'ordre public, de la responsabilité serait difficile à justifier<sup>85</sup>.

Enfin, si l'on estimait devoir faire de cet article 1688 C.c. une loi de police, pour les mêmes raisons, de toute façon, son domaine d'application ne devrait pas dépasser les limites du territoire.

Pour conclure sur ce point, nous avouons franchement notre préférence, aux fins du droit international privé, pour la qualification extracontractuelle, peut-être discutable du point de vue du droit civil, mais plus respectueuse de l'esprit internationaliste que la qualification contractuelle, nécessitant probablement l'intervention répétée de l'exception d'ordre public. De plus, d'un point de vue fonctionnel, la politique de dissuasion envers les constructeurs négligents bénéficie de la qualification extracontractuelle, même si l'on introduit par là un certain dépeçage dans le contrat<sup>86</sup>. Enfin, en droit positif, l'article 35 de la *Loi sur la qualification professionnelle des entrepreneurs de construction* et l'arrêt *Procon (Great Britain) Ltd* peuvent être invoqués au soutien de cette position.

Avant d'examiner les dispositions relatives à la condition des sociétés étrangères qui viendraient soumissionner au Québec, il reste quelques points à préciser, en ce qui concerne la loi applicable à d'autres aspects de l'opération de construction internationale.

### III. Quelques autres aspects conflictuels du droit international privé de la construction internationale

Quelle est la loi applicable aux rapports de sous-traitance dans le domaine de la construction? (A) Quelle loi régit l'assurance en matière de contrat de construction? (B)

---

85. Dans le même sens, au sujet de l'article 8.1 C.c., voir H.P. GLENN, «La guerre de l'amiante», (1991) 80 *Rev. crit. dr. internat. privé* 41, p. 51-54.

86. Sur notion de dépeçage, voir notamment: GROFFIER, *Précis, op. cit., supra*, note 2, no 33-35, p. 38-39.

### A. La loi applicable à la sous-traitance

Du point de vue du droit international privé québécois, en ce qui concerne le rapport entre les parties, la question ne présente aucune particularité: la loi d'autonomie s'applique au fond du contrat et à la responsabilité qui en découle. En droit québécois, la responsabilité légale du constructeur ne s'applique pas au sous-traitant qui ne traite pas directement avec le maître d'ouvrage<sup>87</sup>. En droit international privé québécois, à notre avis, cette responsabilité ne devrait donc pas être possible si la construction est érigée au Québec, dans l'hypothèse d'une qualification extracontractuelle de la question. Mais elle pourrait y être reconnue en vertu de la loi étrangère du lieu de construction, si celui-ci est à l'étranger.

Le tribunal internationalement compétent ne sera pas nécessairement le même pour le contrat principal et le sous-contrat puisque l'article 68 C.p.c. comprend plusieurs chefs de compétence alternatifs.

Quant à la loi applicable aux rapports découlant de l'opération de sous-traitance, il n'existe *a priori* aucune raison pour que le seul fait du choix ou de l'agrément du sous-traitant par le maître d'ouvrage suffise à donner compétence à la loi régissant le contrat principal. Évidemment cette solution est souhaitable pour le maître d'ouvrage et l'entrepreneur général, notamment si les sous-contrats sont «transparents», c'est-à-dire si les obligations du sous-contractant sont calquées sur celle de l'entrepreneur général, pour leur interprétation quant à l'exécution correcte des obligations et pour les causes d'exonération de responsabilité contractuelle<sup>88</sup>.

87. Voir: DURNFORD, précité, *supra*, note 73, p. 185-186.

88. Sur ces questions, voir notamment: M. E. SCHNEIDER, «International Construction Contracts», (1983) 9 *D.P.C.I.* 277, 429, 649, p. 301-308; A. BRAIBANT, *Le contrat international de construction*, Bruylant, Bruxelles, 1981, p. 211 et suiv.; P. LAGARDE, «La sous-traitance en droit international privé» dans C. GAVALDA (dir.) *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Paris, Économica, 1978, p. 186 et suiv.; dans le même ouvrage, voir M. DAHAN, «Remarques pratiques sur la sous-traitance dans les relations internationales», p. 205 et suiv.

Pour un exemple jurisprudentiel, voir la sentence de la Chambre de commerce internationale, aff. no 2119/78, publiée au *Clunet* 1979.997 (citée par REMERY, *loc. cit.*, *supra*, note 3, p. 260).



On peut cependant remarquer que l'intervention éventuelle de la clause échappatoire, prévue dans le futur Code civil québécois, pourrait mener à effectuer cette liaison en cas de contrats transparents, à défaut de désignation expresse de loi applicable<sup>89</sup>. On pourrait alors rencontrer le problème de l'étendue de la liaison – tout le contrat ou toutes les questions communes? – c'est-à-dire celui du dépeçage<sup>90</sup>.

En droit actuel, on appliquerait probablement soit la loi du lieu d'exécution de la construction (si la volonté implicite des parties est suffisamment caractérisée en ce sens) ou, à défaut de toute indication, celle du lieu de conclusion du contrat de sous-traitance (art. 8 C.c.).

La question délicate, en ce domaine, concerne la loi applicable aux rapports entre sous-traitants et maître d'ouvrage<sup>91</sup> et non celle relative aux rapports entre celui-ci et l'entrepreneur général. En droit québécois à l'inverse du droit français<sup>92</sup>, il n'existe pas d'action directe du sous-traitant<sup>93</sup>, ni d'obligation d'obtenir du maître d'ouvrage l'acceptation du sous-traitant: les conflits de lois peuvent donc se produire en raison de ces différences.

Un juge québécois, dans l'état actuel des choses, ne serait certainement pas prêt à appliquer ces dispositions en tant que lois de police étrangères, si elles étaient considérées de cette nature<sup>94</sup>, et si elles n'étaient pas parties de la loi contractuelle applicable. Le problème est donc de déterminer quelle loi contractuelle doit régir ces questions.

Quant aux questions d'action directe contre le maître d'ouvrage, par exemple pour obtenir le paiement, il nous semble qu'elles devraient être

---

89. Voir en ce sens LAGARDE, *id.*, p. 190. Sur la notion de clause échappatoire, voir *supra*, note 8.

90. *Id.*, p. 191.

91. Voir Y. FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse, Paris II, 1977, polycopiée.

92. *Loi no 75-1334 du 31 déc. 1975 relative à la sous-traitance*, J.O. 3 janvier 1976, 148, D.1976.Lég.64.

93. ROUSSEAU-HOULE, *op. cit.*, *supra*, note 52, p. 204.

94. P. LAGARDE, (*loc. cit.*, *supra*, note 88, p. 192 et suiv.) estime qu'il ne s'agit pas de lois de police.

rattachées à la loi régissant le contrat entre entrepreneur général et sous-traitant car elles concernent directement l'obligation de paiement de l'entrepreneur général<sup>95</sup>. Par contre les recours récursoires du maître d'ouvrage contre l'entrepreneur devraient être régis par la loi applicable au contrat principal.

Il est certain que cette dichotomie peut aboutir à des situations injustes, notamment pour le maître d'ouvrage, d'où l'intérêt, pour lui, d'une liaison entre les lois contractuelles. Mais il est probable que l'exception d'ordre public interviendra si la loi refusant le recours récursoire est une loi étrangère.

Quant à l'obligation pour l'entrepreneur général d'obtenir du maître d'ouvrage l'acceptation du sous-traitant, elle devrait être régie par la loi applicable au contrat principal. Mais ses conséquences éventuelles sur le contrat de sous-traitance devraient être régies par la loi applicable au sous-contrat. Ainsi, si le défaut d'acceptation entraîne la nullité du sous-contrat ou son inopposabilité au maître d'ouvrage, en vertu d'une loi potentiellement applicable, il nous semble que cette question devrait logiquement être soumise à la loi du sous-contrat<sup>96</sup>.

Enfin l'existence du privilège du sous-traitant sur la construction devrait être soumise à la loi contractuelle du sous-contrat<sup>97</sup>, tandis que son opposabilité aux tiers devrait dépendre de la loi du lieu de situation de la construction (art. 6 al.1 C.c.)<sup>98</sup>.

---

95. Voir dans le même sens, pour l'action directe mais non pour le paiement direct, LAGARDE, *id.*, p. 198; FLOUR, *op. cit.*, *supra*, note 91, no 83: «la loi de la créance garantie offre ainsi logiquement, non pour la seule action de la victime, mais pour toute action directe, le meilleur rattachement».

96. *Contra* LAGARDE, *id.*, p. 195.

97. Voir en ce sens LAGARDE, *id.*, p. 200. Pour le privilège du vendeur impayé, voir GROFFIER, *Précis, op. cit.*, *supra*, note 2, no 195, p. 194, relevant que la jurisprudence a qualifié le privilège de question contractuelle: le raisonnement peut aisément être transposé en notre matière. Comparez avec l'opinion de J.A. TALPIS, «The Law Governing the "Statut Réel" in Contracts for the Transfer Inter Vivos of Moveables "ut Singuli" in Quebec Private International Law», (1972) 13 *C. de D.* 305, p. 359 (en faveur d'un cumul).

98. Voir LAGARDE, *ibid.*

On peut également demander quelle loi régit le contrat d'assurance entre le maître de l'ouvrage ou l'entrepreneur (c'est celui-ci qui a l'obligation de s'assurer selon la pratique québécoise), et l'assureur.

## B. La loi applicable au contrat d'assurance

Ici encore, la loi d'autonomie s'applique en principe. Toutefois le droit québécois présente l'originalité de faire de ses dispositions sur les assurances<sup>99</sup> d'authentiques lois de police en vertu des articles 2496 et 2500 C.c.<sup>100</sup> L'originalité est même double, puisque l'article 2496 précise expressément, bien que dans une formule *unilatéraliste* d'apparence conflictuelle, le domaine d'application international de ces lois de police en dehors desquelles la loi d'autonomie retrouve son domaine<sup>101</sup>. Parmi ces lois de police on trouve certaines règles limitant les clauses exclusives de garantie.

Ainsi, selon l'article 2481 C.c., les clauses *générales* libérant l'assureur de garantie en cas de violation des lois ou des règlements sont nulles (à moins que la violation ne constitue un acte criminel). Les exclusions de garanties doivent être expresse (art. 2482, 2579 et 2601 C.c.): il en est ainsi notamment pour les exclusions fondées sur le cas fortuit ou la faute de l'assuré (art. 2563 C.c.).

Parmi les nombreuses autres dispositions d'ordre public, on peut citer: l'article 2593 C.c. excluant la responsabilité de l'assureur pour les dommages

99. Voir les articles du *Code civil*, énumérés à l'article 2500 C.c. (voir note suivante).

100. «Art. 2496. Est réputé conclu au Québec tout contrat d'assurance souscrit par une personne y ayant son domicile ou sa résidence ou portant sur une chose ou un intérêt situé au Québec, dès lors que le preneur en fait la demande au Québec ou que l'assureur y signe ou y délivre la police.

Un tel contrat est régi par la loi du Québec.»

Art. 2500. «Est sans effet toute stipulation qui déroge aux prescriptions des articles 2474, 2478 à 2484, 2486, 2490 à 2492, 2494 à 2506 [etc]. [...]

Sauf dans la mesure où elle est plus favorable au preneur ou au bénéficiaire, est sans effet toute stipulation qui déroge aux prescriptions des articles 2485, [etc.]»

101. Voir *Essiambre c. Mougeot*, [1976] C.A. 650. Voir à ce sujet CASTEL, *op. cit., supra*, note 2, p. 535 et suiv.; GROFFIER, *Précis, op. cit., supra*, note 2, no 209, p. 203; TALPIS, *loc. cit., supra*, note 28, p. 215.

résultant d'incendie ou d'explosion causés par un cataclysme; l'article 2603 C.c. donnant au tiers lésé un droit d'action direct contre l'assureur. En matière de formation du contrat d'assurance, l'article 2478 C.c. oblige l'assureur à remettre un écrit au preneur, indiquant obligatoirement le nom des parties, l'objet et le montant de la garantie, la nature du risque, etc. (art. 2480 C.c.). De même, les clauses libérant l'assureur en cas d'omission ou de fausses déclarations sont réglementées assez strictement (art. 2485 à 2490 C.c.), ainsi que le régime de l'aggravation du risque (art. 2566 C.c.), les conditions de résiliation du contrat (art. 2567 à 2569 C.c.), celles du paiement de la prime (art. 2570 C.c.), de la déclaration de sinistre (art. 2572 à 2574 C.c.) et de paiement de l'indemnité (art. 2575 C.c.). Enfin, d'autres dispositions impératives s'appliquent à chaque type particulier d'assurance de dommages (assurance générale de choses, assurance contre l'incendie et assurance de responsabilité: art. 2579 à 2605 C.c.).

Il faut ajouter qu'en raison de la formulation des articles 2496 et 2500 C.c., *toutes* les dispositions québécoises sur les assurances seraient théoriquement des lois de police, même s'il s'agit d'articles *non* impératifs en droit civil interne... En effet, puisque dans les circonstances envisagées par l'article 2496 C.c., la loi québécoise – *toute* cette loi et non seulement ses dispositions impératives – s'applique sans possibilité de stipulation contraire désignant une loi étrangère, il ne semble pas permis non plus d'écarter ses dispositions *facultatives* dans ces situations internationales. Mais ces curieuses lois de police permettent quand même aux parties d'y déroger, dans la mesure où les dérogations respectent elles-mêmes le droit québécois. Incidemment, on peut se permettre de douter de la pertinence d'une telle structure: où est l'intérêt vital du Québec dans ces circonstances?

Cependant, dans la pratique québécoise, les assurances ne sont qu'un des moyens d'éviter les risques afférant au contrat d'entreprise, l'autre étant l'usage très répandu des cautionnements<sup>102</sup>. On pourrait donc se demander quelle loi régit cet aspect de l'opération de construction. En ce domaine, en

102. Voir C. DUBREUIL, *Rapport canadien au Congrès Capitant*, (Journées égyptiennes, 12-16 mai 1991), *La responsabilité des constructeurs. L'assurance en matière de construction*, p. 12 et suiv.

définitive, la loi d'autonomie s'applique sans intervention de loi impérative spéciale. Toutefois les articles 1938 et 1943 C.c. comprennent des règles matérielles à but international, obligeant celui qui doit fournir caution à en présenter une «qui ait dans le Bas Canada des biens suffisants pour répondre de l'objet de l'obligation et dont le domicile soit dans les limites du Canada». Elles exigent de la caution invoquant le bénéfice de discussion, de n'indiquer au créancier que des biens appartenant au débiteur principal, situés au Québec. À notre avis, ces dispositions ne s'appliquent que si la loi québécoise régit le contrat de cautionnement<sup>103</sup>.

En terminant l'étude de ces questions particulières, on doit rappeler incidemment qu'un tribunal québécois appliquera impérativement la loi québécoise – intervenant comme loi de police – aux questions de responsabilité résultant de l'exposition à des matières premières produites au Québec, ou de leur utilisation, en vertu de l'article 8.1 C.c.<sup>104</sup>

#### IV. La condition des sociétés de construction étrangères au Québec

En droit québécois, les contrats de construction privée<sup>105</sup> sont régis par les dispositions du *Code civil* relatives au louage d'ouvrage (art. 1683 à 1697d) C.c.), par des dispositions générales applicables aux obligations, et par les règles du contrat lui même, normalement très détaillées et inspirées de contrats types proposés par les associations. Toute la procédure de soumission et d'adjudication<sup>106</sup> est réglementée par une entente entre corporations professionnelles, ayant créé en 1967 un «Code provincial du Bureau des

103. Voir en ce sens, en général, CASTEL, *op. cit.*, *supra*, note 2, p. 24: «Ces règles ne sont pas attributives de compétence». Sur la notion de règles matérielles à but international, voir: GROFFIER, *Précis, op. cit.*, *supra*, note 2, no 27, p. 31; J.A. TALPIS, «Material Rules of Private International Law in Force in the Province of Quebec», (1973) 8 *R.J.T.* 223.

104. Voir à ce sujet H.P. GLENN, *loc. cit.*, *supra*, note 85.

105. Sur ce sujet, voir l'étude de ROUSSEAU-HOULE, *op. cit.*, *supra*, note 52. En ce qui concerne les contrats publics, pour toutes les règles de droit public qui les régissent en général, nous renvoyons le lecteur à cet ouvrage très exhaustif (417 p. et bibliographie).

106. Sur l'adjudication, en plus de l'ouvrage de ROUSSEAU-HOULE, *id.*, p. 78 et suiv.), voir l'ouvrage récent de C. MOFFET, *L'entrepreneur général, les sous-traitants et le Bureau des soumissions déposées du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990.

soumissions déposées du Québec»<sup>107</sup>. Il s'agit d'une entente contractuelle pour les donneurs d'ordre, qui ne sont pas obligés de s'y référer, mais de nature obligatoire, pour les membres des corporations professionnelles d'entrepreneurs<sup>108</sup>, quant aux travaux concernés. Pour ces derniers «toute violation de l'entente devient une violation de la loi»<sup>109</sup>, sanctionnée par des peines disciplinaires et des amendes civiles<sup>110</sup>.

La détermination du domaine d'application des règles du Bureau des soumissions déposées du Québec (ci-après B.S.D.Q.) est assez complexe<sup>111</sup>. On peut d'abord s'y référer pour des raisons d'opportunité (mais alors ses règles deviennent obligatoires pour les parties)<sup>112</sup>. Elles s'appliquent aussi, d'office cette fois, à tous les travaux visés qui doivent être *exécutés au Québec*<sup>113</sup> par les personnes assujetties à ses règles.

Les travaux visés sont ceux pour lesquels plus d'une offre est demandée et dont le prix de soumission dépasse 10 000 \$<sup>114</sup>. Évidemment, leur nature (électricité, plomberie, etc.) détermine aussi leur assujettissement<sup>115</sup>.

Les personnes assujetties aux règles du B.S.D.Q. sont les suivantes: le donneur d'ordre peut y recourir volontairement; les membres des corporations professionnelles qui font partie de l'entente; les membres d'autres associations<sup>116</sup> auxquelles l'entente a été étendue; et les non-membres, qui

---

107. MOFFET, *id.*, p. 2 et suiv.

108. MOFFET, *id.*, p. 19 et suiv.

109. MOFFET, *id.*, p. 4, citant *Robertson c. C.M.E.Q.*, D.T.E. 87 T-404, (C.A.) p. 4 du jugement.

110. MOFFET, *id.*, p. 4 et p. 67 et suiv.

111. Voir art. B-2 du Code du B.S.D.Q.; MOFFET, *id.*, p. 8-26; ROUSSEAU-HOULE, *op. cit.*, *supra*, note 52, p. 78 et suiv.

112. MOFFET, *id.*, p. 9 et p. 22-25; ROUSSEAU-HOULE, *id.*, p. 79-80.

113. Art. B-2 paragraphe 1 du Code de B.S.D.Q.; voir MOFFET, *id.*, p. 25-26.

114. Art. B-2 paragraphe 3 du Code de B.S.D.Q.

115. MOFFET, *op. cit.*, *supra*, note 106, p. 13-16; ROUSSEAU-HOULE, *op. cit.*, *supra*, note 52, p. 78.

116. MOFFET, *id.*, p. 19-22. Mis à part le cas des travaux assujettis au Code par résolutions spéciales (*id.*, p. 21).

éventuellement effectueraient de tels travaux<sup>117</sup>, bien qu'ils n'en aient théoriquement pas le droit sans être affiliés à ces corporations<sup>118</sup>.

Quant aux sociétés étrangères de construction, on doit noter qu'il existe de nombreux obstacles à leur admission à la procédure d'adjudication au Québec, si bien qu'en pratique elles n'y sont pas présentes en tant que telles et les soumissionnaires choisis sont quasiment toujours des sociétés québécoises.

La procédure permettant toutefois de participer à l'adjudication consiste soit à créer une filiale québécoise, enregistrée comme toute autre compagnie locale, soit à obtenir une licence comme société étrangère, puis à créer une *joint venture* avec une société locale québécoise.

Il faudra donc, dans un premier temps, se conformer aux dispositions de la *Loi sur les compagnies étrangères*<sup>119</sup>. En vertu de cette loi, aucune compagnie étrangère ne peut faire d'affaires au Québec sans obtenir d'abord un permis<sup>120</sup> qui sera accordé si la société 1) dépose une copie certifiée de sa charte au Québec, ainsi qu'une procuration y constituant un agent principal pour y recevoir toute signification, 2) paye certains honoraires, 3) établit qu'elle est constituée de manière à remplir les obligations qu'elle peut contracter et 4) se conforme à la politique linguistique québécoise quant à sa dénomination sociale<sup>121</sup>. La corporation étrangère pourra alors faire affaires au Québec dès la publication au journal officiel de son avis d'autorisation<sup>122</sup>, mais l'étendue de ses pouvoirs dépend du permis, des limites de sa propre charte et éventuellement d'autres restrictions légales particulières<sup>123</sup>.

117. MOFFET, *id.*, p. 13, note 42.

118. MOFFET, *id.*, p. 13.

119. L.R.Q. c. C-46.

120. Art. 3, L.R.Q., c. C-46.

121. Art. 4, L.R.Q., c. C-46.

122. Art. 5, L.R.Q., c. C-46.

123. Art. 8, L.R.Q., c. C-46. Voir sur les pouvoirs des sociétés étrangères au Québec, en général: J.A. TALPIS, «Aspects juridiques de l'activité des sociétés et corporations étrangères au Québec», [1976] *C.P. du N.* 215; J. TASCHEREAU, «Conflits de lois en matière de sociétés civiles et commerciales» dans *Mélanges offerts à Me Raymond Cossette*, Québec, Chambre des notaires, 1968, p. 143 et CASTEL, *op. cit.*, *supra*, note

En ce qui concerne l'entreprise de construction étrangère, ces dispositions spéciales proviennent d'abord de l'article 35 de la *Loi sur la qualification professionnelle des entrepreneurs de construction*<sup>124</sup>. Il dispose que la société dont le principal établissement est situé hors du Québec, qui désire y exécuter ou y faire exécuter par sous-traitance des travaux de construction, doit obtenir une licence temporaire spéciale et fournir un cautionnement pour fraude, faillite ou insolvabilité (art. 34 et 34.1), comme tout autre entrepreneur du Québec.

Sans cette licence, l'entreprise étrangère ne peut exercer d'activité de construction au Québec (art. 25 de la loi). Elle s'obtient si au moins une personne physique, participant à la gestion de la société, a obtenu elle-même une licence auprès de la Régie des entreprises de construction du Québec, à la suite d'examens démontrant que la personne 1) possède les connaissances ou l'expérience requises dans la gestion d'une entreprise de construction et l'exécution de travaux de ce genre, 2) établit sa solvabilité, 3) prouve qu'elle n'a pas été condamnée depuis 5 ans et qu'elle est inscrite régulièrement à la corporation professionnelle pertinente (art. 31 de la Loi)<sup>125</sup>. Ce sont donc normalement des Québécois qui habilite la société étrangère ou la *joint venture* décidée à construire au Québec.

De plus, la société étrangère demandant la licence temporaire doit élire un domicile au Québec (art. 35 de la loi), ce qui peut se faire simplement par le biais d'une domiciliation chez un avocat ou un notaire.

---

2, p. 333 et suiv. spécialement p. 340-343; GROFFIER, *Précis, op. cit., supra*, note 2, no 149, p. 147. Voir aussi, A. PRUJINER, «La personnalité morale et son rattachement en droit international privé», (1990) 31 *C. de D.* 1049, 1067; J.A. TALPIS, «La représentation volontaire et organique en droit international privé québécois», (1989) 20 *R.D.U.S.* 89.

124. Précitée, *supra*, note 46.

125. Voir le *Règlement de la Corporation des maîtres électriciens du Québec*, R.R.Q. 1981, c. M-3, r-1, art. 11 prévoyant les conditions suivant lesquelles un entrepreneur étranger peut obtenir un certificat de membre temporaire de la Corporation (examen, paiement d'honoraires, respect des règlements de la Corporation). Pour les maîtres mécaniciens en tuyauterie, voir le *Règlement de la Corporation des maîtres mécaniciens en tuyauterie du Québec*, R.R.Q. 1981, c. M-4, r-1, art. 63, prévoyant les mêmes conditions.



Comme tout employeur au Québec, elle doit aussi respecter la législation du travail et de la sécurité sociale<sup>126</sup>, c'est-à-dire payer des cotisations à la Commission de la sécurité et de la santé du travail pour ses employés, faire partie de l'association des entrepreneurs en construction du Québec, détenir des certificats de compétence professionnelle<sup>127</sup> et se conformer à toutes les autres lois locales pertinentes de droit public.

Naturellement, les ingénieurs et les architectes habilités à exercer leur profession au Québec doivent appartenir aux corporations professionnelles québécoises<sup>128</sup>. L'Ordre des ingénieurs peut cependant accorder un permis temporaire, à titre de collaborateur ou même comme ingénieur, à une personne non domiciliée au Québec<sup>129</sup>. On retrouve la même possibilité pour les architectes<sup>130</sup>.

De toutes façons, comme nous l'avons dit plus haut, il est très rare en pratique, que des sociétés étrangères opèrent dans le domaine de la construction privée au Québec.

Pour les contrats de construction donnés par le gouvernement et les organismes publics québécois<sup>131</sup>, la perspective est encore plus sombre.

En effet, une décision du Conseil des ministres de 1977<sup>132</sup> énonce une politique selon laquelle les ministères et les organismes publics devront effectuer les achats sur une base sectorielle et régionale lorsque cette politique

126. *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., c. S-2.1. (réfonte actuelle)

127. Voir la *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'oeuvre dans l'industrie de la construction*, L.R.Q., c. R-20; *Loi sur la formation et la qualification professionnelle de la main-d'oeuvre*, L.R.Q., c. F-5.

128. *Loi sur les ingénieurs*, L.R.Q., c. I-9, art. 6; *Loi sur les architectes*, L.R.Q., c. A-21, art. 2.

129. *Id.*, art. 19 et 20.

130. Voir *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26, art. 32, 33, 39 et 41 (permis temporaire).

131. Voir P. GIROUX, C. MOFFET, D. LEMIEUX et M.-C. BELLEAU, *Contrats des organismes publics québécois*, vol. 1, Farnham, CCH/FM Ltée, 1988 (et mises à jour).

132. *Décision du Conseil des ministres*, no 77-19 du 26 janvier 1977, citée dans GIROUX, MOFFET, LEMIEUX et BELLEAU, *id.*, p. 935.

bénéficiera à l'économie québécoise<sup>133</sup>. En conséquence, des mesures protectionnistes ont été adoptées. La politique d'achat prévoit que s'il existe, dans un secteur économique donné, au moins trois entreprises québécoises, seules les entreprises québécoises peuvent soumissionner<sup>134</sup>.

De plus, des dispositions obligent les organismes publics à formuler leurs appels d'offre favorisant «les solutions qui représentent le plus fort contenu québécois» et donnant «priorité à l'utilisation de produits québécois»<sup>135</sup>. On y précise que s'«il existe des produits fabriqués au Québec, seuls ces produits et matériaux doivent être spécifiés au cahier des charges»<sup>136</sup>. Lorsqu'il n'en existe pas, «la préférence doit être accordée aux produits canadiens et, si possible, achetés au Québec»<sup>137</sup>. On y prévoit des clauses devant obligatoirement apparaître dans les appels d'offre, spécifiant que seules seront prises en considération:

«les soumissions des entrepreneurs ayant leur principale place d'affaires au Québec (c'est-à-dire, le principal établissement d'où les affaires sont dirigées et où le personnel de maîtrise et l'équipement se trouvent ordinairement) et détenant la licence requise en vertu de la Loi sur la qualification professionnelle des entrepreneurs de construction.»<sup>138</sup>

Ces conditions s'appliquent aussi aux sous-traitants retenus par le soumissionnaire choisi<sup>139</sup>. Leur violation peut entraîner des pénalités<sup>140</sup>.

---

133. GIROUX, MOFFET, LEMIEUX et BELLEAU, *ibid.*

134. GIROUX, MOFFET, LEMIEUX et BELLEAU, *id.*, p. 935.

135. *Modalité d'application de la politique d'achat dans la construction*, C.T. 149240 du 13 mars 1984, art. 1a) et b), reproduits dans GIROUX, MOFFET, LEMIEUX et BELLEAU, *id.*, p. 10,651 et suiv.

136. *Id.*, art. 2.1.1. [Modalité]

137. *Id.*, art. 2.1.2. [Modalité]

138. *Id.*, art. 2.2.1. [Modalité]

139. GIROUX, MOFFET, LEMIEUX et BELLEAU, *op. cit.*, *supra*, note 131, p. 934, *Règlement sur les contrats de construction du gouvernement*, R.R.Q. 1981, c. A-6, r-7, art. 12h) et 14i).

Enfin, dans les cas d'appel d'offre sur invitation, un fichier d'entrepreneur est constitué et il est prévu que n'y sont inscrits que les entrepreneurs qui:

- «a) ont une place d'affaires au Québec comportant des installations permanentes et le personnel de maîtrise requis pour diriger les travaux qui font l'objet d'un mandat; et
- b) détiennent, s'il y a lieu, une licence émise par la Régie des entreprises de construction du Québec.»<sup>141</sup>

### Conclusion

Comme on peut le constater, le marché québécois de la construction est fortement protégé.

Si les entreprises québécoises se sont déjà engagées dans le marché international de la construction, la prise en compte globale du phénomène par le droit international privé québécois s'impose en raison de son importance économique croissante et nous espérons que cette étude aura contribué à cette prise de conscience.

De ce point de vue, le problème central reste celui de la qualification, contractuelle ou extracontractuelle, de la responsabilité du constructeur pour vice de construction et du sol, car le régime applicable en dépend directement. Si la qualification «naturelle» de cette question passe nécessairement par la fin

---

140. GIROUX, MOFFET, LEMIEUX et BELLEAU, *ibid.*; Voir le document cité note 135, art. 2.2.2, disposant: «[l]e soumissionnaire ne doit engager que des sous-traitants ayant un établissement comportant au Québec des installations permanentes et le personnel requis [...], à moins [qu'il] fasse la preuve à la satisfaction du propriétaire qu'il n'existe pas au Québec de sous-traitants dans cette spécialité; dans le cas où l'entrepreneur ne peut faire la preuve requise à la satisfaction du propriétaire, ce dernier peut exiger que l'entrepreneur choisisse un sous-traitant du Québec sans changer le prix global de sa soumission».

141. *Directive concernant certaines modalités d'application du Règlement sur les contrats de construction du gouvernement*, no 1-79 (refondue par le C.T. 142590 du 25 janvier 1983, modifiée par C.T. 149043 du 28 février 1984, C.T. 149360 du 13 mars 1984, C.T. 167326 du 26 avril 1988), art. 6a) et b), reproduite dans GIROUX, MOFFET, LEMIEUX et BELLEAU, *id.*, p. 10,201 et suiv.

du débat en droit interne, une qualification fonctionnelle, téléologique, nous semble clairement favoriser la thèse extracontractuelle, aux fins du droit international privé. Une règle de conflit spécifique à la matière pourrait être rédigée de la façon suivante:

*La responsabilité civile du constructeur pour vice de construction est régie par la loi de l'État dans lequel le constructeur a son établissement principal, à défaut, sa résidence, ou par la loi du lieu de la construction, selon celle qui est la plus favorable au maître d'ouvrage.*

Dans cette optique extracontractuelle, le choix de la loi reposerait sur le juge.

Dans l'hypothèse d'une qualification contractuelle, il suffirait de laisser ce choix au maître d'ouvrage ou à l'acheteur postérieur de la construction, pour respecter le principe de la loi d'autonomie tout en le limitant. Alternativement, toujours dans cette même hypothèse mais dans une optique plus conciliatrice entre le principe de la loi d'autonomie et le respect de la politique de protection du maître d'ouvrage, on pourrait s'inspirer des formules des articles 3117 et 3118 du *Projet de loi 125*<sup>142</sup> pour adopter les règles suivantes:

*Le choix par les parties de la loi interne applicable au contrat de construction ne peut avoir pour résultat de priver le maître d'ouvrage de la protection que lui accordent les dispositions impératives, relatives à la responsabilité civile du constructeur pour vice de construction, de la loi du lieu de la construction.*

*En l'absence de désignation par les parties, la loi du lieu de la construction s'applique à la responsabilité civile du constructeur pour vice de construction.*

---

142. Précité, *supra*, note 6.

**RDUS**

**Revue de DROIT**  
**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LES ASSURANCES ET LES CAUTIONNEMENTS COMME PROTECTION  
CONTRE LES MALFAÇONS DANS LA CONSTRUCTION

**Auteur(s) :** Christianne DUBREUIL

**Revue :** RDUS, 1991-1992, volume 22, numéro 2

**Pages :** 343-368

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/13425>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/13425>

*Page vide laissée intentionnellement.*

# LES ASSURANCES ET LES CAUTIONNEMENTS COMME PROTECTION CONTRE LES MALFAÇONS DANS LA CONSTRUCTION

par Christianne DUBREUIL\*

*Les assurances contre les malfaçons, dans le domaine de la construction, sont peu utilisées. Certes, les architectes bénéficient à cet égard d'une assurance de responsabilité professionnelle. Quant aux entrepreneurs, les polices d'assurance contiennent des exclusions concernant les malfaçons causées par un défaut dans la main-d'oeuvre. Ces exclusions ont été interprétées largement par les tribunaux alors que les tempéraments à ces exclusions l'ont été de façon restrictive. La Cour d'appel du Québec a fait preuve de plus d'ouverture en rejetant cette tendance et en adoptant une interprétation de la clause d'exclusion pour défaut de la main-d'oeuvre plus conforme aux règles d'interprétation des contrats d'assurance. Les cautionnements protègent dans une certaine mesure les consommateurs contre les erreurs des ouvriers, mais il s'agit d'une garantie qui comporte ses difficultés de mise en oeuvre, d'une part il faut poursuivre l'entrepreneur avant de réclamer à la caution et d'autre part cette dernière n'entrera en jeu qu'en cas de défaut.*

*Les malfaçons sont un risque assurable et l'assurance a un rôle à jouer dans ce domaine. En effet, les cautionnements ne protègent pas l'entrepreneur, ce dernier étant l'ultime débiteur. De plus, l'assurance offre une garantie plus souple et facile à administrer pour le consommateur.*

---

\*. Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

*In the field of construction contracts, insurance is rarely taken out against defects. Architects, of course, are covered by professional liability insurance. For building contractors however, insurance policies usually stipulate exclusions regarding defects caused by faulty workmanship. Although these exclusions have generally been broadly interpreted by the courts, attenuations to such exclusions have been given a narrow interpretation. The Quebec Court of Appeal has shown more openness in rejecting this tendency by adopting an interpretation of the exclusion clause for defects in workmanship more in keeping with the ordinary rules pertaining to the interpretation of insurance policies. To a certain extent, suretyships can protect consumers against faulty workmanship, but this type of protective measure is somewhat difficult to exercise since the contractor must be sued before a claim may be made upon the surety and the suretyship takes effect only in cases of default.*

*Defects constitute an insurable risk and insurance obviously can have a role to play in this area. Suretyships simply do not adequately protect the contractor since the latter remains the ultimate debtor. In addition, insurance provides a guarantee which is more flexible as well as easier for the consumer to exercise.*



**SOMMAIRE**

<b>INTRODUCTION</b>	.....	<b>347</b>
<b>CHAPITRE PRÉLIMINAIRE:</b>	<b>Les différents fondements de responsabilité</b>	<b>348</b>
<b>PARTIE I</b>	<b>- LES ASSURANCES CONTRE LES MAL- FAÇONS</b>	<b>350</b>
A	- Les diverses assurances de responsabilité	350
1:	Les architectes et les ingénieurs	352
2:	Les entrepreneurs	353
	- les types de contrat	353
	- les exclusions	355
	- le tempérament à ces exclusions	356
B	- Critique des protections d'assurance	358
<b>PARTIE II</b>	<b>- LES CAUTIONNEMENTS</b>	<b>361</b>
A	- Les cautionnements en tant que garanties contre les malfaçons	361
B	- Critique du cautionnement en tant que garan- tie	364
<b>CONCLUSION</b>	.....	<b>365</b>

## INTRODUCTION

L'assurance contre les malfaçons dans le domaine de la construction est à peu près inexistante. Est-ce la crainte que la négligence soit avalisée ou que l'assuré bénéficie de ses propres actes fautifs<sup>1</sup>? En effet, certains diront qu'elle serait une prime à l'incompétence voire à la négligence de la part des différents intervenants. Pourtant, il est de l'essence même de l'assurance de protéger l'assuré non seulement contre les événements externes, mais aussi contre ses propres fautes et faiblesses, sinon l'assurance de responsabilité civile n'aurait plus sa raison d'être. Certes, l'assurance de responsabilité est offerte et utilisée par les professionnels tels les architectes et les ingénieurs. Par contre, dans le cas des entrepreneurs, elle est largement insuffisante sinon totalement absente de certaines garanties. Qu'il suffise de mentionner tout de suite qu'il n'existe pas d'assurance pour les vices cachés ou pour les malfaçons qui apparaissent lorsque l'ouvrage est terminé, ces événements étant plutôt garantis par des contrats de cautionnement.

Il est important de spécifier que dans le domaine de la construction, il n'existe pas au Québec d'obligation de souscrire une assurance ou un cautionnement dans le cadre des activités professionnelles<sup>2</sup>. Les associations professionnelles regroupant les architectes<sup>3</sup> et les ingénieurs<sup>4</sup> font présentement pression sur le gouvernement québécois afin qu'une législation soumette l'obtention du permis d'exercer la profession à la souscription d'une assurance de responsabilité<sup>5</sup>. Quant aux entrepreneurs, ils ne sont pas tenus de souscrire à des contrats de cautionnement pour garantir leurs ouvrages contre les vices cachés et les malfaçons si ce n'est que lorsque le cocontractant l'exige; par exemple, en matière de construction d'édifices publics ou commerciaux et lors

1. George J. COUCH, *Cyclopedia of Insurance Law*, 2<sup>e</sup> éd. vol. 11, The Lawyers Co-operative Publishing Co., 1982, p. 437 cité dans: *Groupe Desjardins Assurances générales c. L. Breton & Fils (La Sarre) Ltée*, [1989] R.R.A. 221 (C.A.).
2. Il est intéressant de noter que la France impose une obligation d'assurance dans le domaine de la construction: *Code des assurances*, art. 241.1, 241.2, 242.1 et 242.2, Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 et Loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989.
3. L'Ordre des architectes est formé en vertu de la *Loi sur les architectes*, L.R.Q., c. A-21.
4. L'Ordre des ingénieurs est formé en vertu de la *Loi sur les ingénieurs*, L.R.Q., c. I-9.
5. Le permis d'exercice est émis par les corporations professionnelles selon les conditions prescrites par la loi et les règlements: *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26, art. 40.

de projets gouvernementaux, les cautionnements et les assurances sont habituellement une exigence préalable à la conclusion du contrat<sup>6</sup>.

Nous verrons successivement les assurances et les cautionnements qui ont cours en tant que garanties pendant les travaux et ceux qui s'appliquent après la réception par le maître d'ouvrage. Nous discuterons des diverses possibilités qui peuvent s'offrir dans ce domaine afin que les constructeurs tout autant que les maîtres d'ouvrage soient mieux protégés.

#### **CHAPITRE PRÉLIMINAIRE: Les différents fondements de responsabilité**

Il n'est pas de notre propos de discuter des différents aspects de la responsabilité des constructeurs. Nous devons néanmoins faire les distinctions pertinentes afin d'étudier adéquatement les risques couverts par les contrats d'assurance offerts sur le marché québécois.

Selon l'article 1688 du *Code civil du Bas Canada*<sup>7</sup>, l'entrepreneur et l'architecte qui a surveillé les travaux<sup>8</sup> sont responsables de la ruine du

---

6. Lorsque des travaux sont exécutés pour l'État, ce dernier exigera des sûretés: *Loi sur le ministère des Transports*, L.R.C. (1985), c. T-18, art. 10, *Loi sur les travaux publics*, L.R.C. (1985), c. P-38, art. 16, *Loi sur l'administration financière*, L.R.Q., c. A-6, *Règlement sur les contrats de construction du gouvernement*, R.R.Q., 1981, c. A-6, r. 7, art. 14(b)(i). Il revient au maître d'ouvrage d'exiger de l'entrepreneur des garanties: Louise POUDRIER-LEBEL, «Les cautionnements des contrats de construction: réduire les risques en faisant bon usage des cautionnements», dans *Cautionnements et Assurances, Protection contre les risques des projets de construction*, The Canadian Institute, le 28 octobre 1987, p. A-6.

Dans le domaine résidentiel, les propriétaires étant des particuliers moins informés, certains constructeurs de maisons unifamiliales et d'immeubles privés opèrent sans contrat de cautionnement.

7. L'article 1688 du *Code civil du Bas Canada* (C.c.) se lit comme suit:  
«Si l'édifice périclite en tout ou en partie dans les cinq ans, par le vice de la construction ou même par le vice du sol, l'architecte qui surveille l'ouvrage et l'entrepreneur sont responsables de la perte conjointement et solidairement.»

8. Les tribunaux ont étendu l'application de 1688 C.c. aux ingénieurs, ces derniers étant appelés à surveiller les travaux au même titre que les architectes. «La profession d'architecte et celle d'ingénieur ne faisaient qu'une autrefois et, quoique l'ingénieur ne soit

bâtiment causée par un vice de construction ou un vice de sol. La preuve de la négligence n'est pas requise puisque, à cet égard, la loi édicte une présomption de responsabilité<sup>9</sup>; par contre, pour que la malfaçon soit génératrice de réparation, elle doit être susceptible d'entraîner la perte ou ruine du bâtiment<sup>10</sup>. Il s'agit d'une responsabilité légale<sup>11</sup>, d'ordre public<sup>12</sup>, qui est encourue que le lien juridique soit contractuel ou non. Plusieurs auteurs soutiennent que l'article 1688 C.c. fonde une responsabilité contractuelle<sup>13</sup>. Selon la théorie de l'accessoire au contrat, le recours serait transmis aux tiers-acquéreurs ou au propriétaire qui n'a pas lui-même contracté avec l'architecte<sup>14</sup>. Quel que soit la nature du lien juridique qui le lie à l'entrepreneur, l'architecte ou l'ingénieur, le maître d'ouvrage a un recours en responsabilité en vertu de l'article 1688 C.c.

---

pas mentionné dans les art. 1688 et 1689, les deux professions sont maintenant assimilées l'une à l'autre pour les fins de ces dispositions»: *Desgagné c. Fabrique de St-Philippe d'Arvida*, [1984] 1 R.C.S. 19, 46. La Cour suprême cite, entre autres, l'arrêt *Canadian Electric Light Co. c. Pringle*, (1920) 29 B.R. 26.

9. *Turcotte c. Lavoie*, [1950] B.R. 161; Louis O. PÉLOQUIN, «La nature juridique de la responsabilité des architectes et entrepreneurs», (1984) 44 *R. du B.* 775, 790.
10. Léon FARIBAULT, *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur ltée, tome 12 Du louage, p. 439, cité dans: *Donolo Inc. c. St Michel Realities Inc.*, [1971] C.A. 536, 541.
11. *Canadian Consolidated Rubber Co. c. Pringle*, [1930] R.C.S. 477; *Hill-Clarke-Francis Ltd. c. Northland Groceries (Quebec) Ltd.*, [1941] R.C.S. 437.
12. L. O. PÉLOQUIN, *loc. cit.*, note 9, 786-791; *Fabrique de la Paroisse St-Philippe d'Arvida c. Desgagné*, [1979] C.A. 198, 205, conf. par [1984] 1 R.C.S. 19.
13. L. O. PÉLOQUIN, *loc. cit.*, note 9, 793; Thérèse ROUSSEAU-HOULE, *Les contrats de construction en droit public et privé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1982, pp. 412-413. On a interprété ainsi les propos de la Cour d'appel dans l'affaire *Fabrique de la Paroisse St-Philippe d'Arvida c. Desgagné*, précitée, note 12, alors que la Cour a en réalité préservé le recours de droit commun. D'ailleurs, la Cour suprême a clairement écrit: «...la responsabilité imposée par les art. 1688 et 1689 à l'architecte et à l'ingénieur est une responsabilité établie par la loi et qui ne dépend aucunement d'un contrat.» précité, note 8, 46.
14. *General Motors Products of Canada Ltd c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790; L. O. PÉLOQUIN, *loc. cit.*, note 9, 794.

Le propriétaire conserve aussi ses autres recours<sup>15</sup>, contractuels<sup>16</sup> ou délictuels<sup>17</sup>, lorsque l'édifice n'est pas menacé de ruine, donc en dehors de l'application de 1688 C.c. L'entrepreneur sera responsable des problèmes découlant d'un ouvrage non satisfaisant, soit en raison d'une malfaçon ou du non-parachèvement. Il est reconnu que la réception des travaux par le maître d'ouvrage libère les constructeurs de leur responsabilité à l'égard des vices apparents, mais non à l'égard des vices cachés<sup>18</sup>, ces derniers seront alors générateurs de responsabilité. Si le défaut de construction est dû à une erreur de conception ou de dessin attribuable à l'architecte ou à l'ingénieur, c'est ce professionnel qui aura à supporter les coûts de la réparation.

Quant au dernier fondement de responsabilité, soit la garantie légale contre les vices cachés<sup>19</sup>, seul le propriétaire y est tenu. Par conséquent, un acheteur pourra poursuivre le constructeur-propriétaire en diminution de prix ou en résolution de la vente<sup>20</sup>.

## **PARTIE I - LES ASSURANCES CONTRE LES MALFAÇONS**

### **A - Les diverses assurances de responsabilité**

Le *Code civil du Bas Canada* prévoit qu'une personne peut contracter une assurance pour se protéger contre les conséquences pouvant découler de sa propre responsabilité civile, contractuelle ou extracontractuelle<sup>21</sup>. De plus, tous les intervenants possèdent un intérêt d'assurance sur les biens se trouvant sur le chantier<sup>22</sup> ainsi que dans leur propre responsabilité civile<sup>23</sup>.

- 
15. *Turcotte c. Lavoie*, précité, note 9; *Fabrique de la Paroisse St-Philippe d'Arvida c. Desgagné*, précité, note 12.
  16. Art. 1065 C.c.
  17. Art. 1053 C.c.; *Fitzpatrick Ltd. c. Brett*, [1969] C.S. 144.
  18. *Turcotte c. Lavoie*, précité, note 9; *Duelz c. Kajandi*, [1960] C.S. 89.
  19. Art. 1522 C.c.
  20. Art. 1526 C.c.
  21. Art. 2475 et 2600 C.c.
  22. Art. 2580 C.c.; *Commonwealth Construction c. Imperial Oil*, [1978] 1 R.C.S. 317.
  23. Didier LLUELLES, *Droit des assurances - Aspects contractuels*, Montréal, Les Éditions Thémis Inc., 1986, p. 244.

Ces contrats sont en général inspirés des modèles américains (CGL américain) et la même formule est employée partout au Canada<sup>24</sup>. À première vue, la chose peut surprendre étant donné que le droit des assurances est régi par le droit privé et l'est, par conséquent, par le droit civil<sup>25</sup>. Toutefois, le droit des assurances a cette particularité de prendre ses sources à la fois dans le droit anglais, à cause de ses origines maritimes, et dans le droit français, en tant que droit privé<sup>26</sup>. De plus, l'industrie de l'assurance a ses exigences<sup>27</sup> qui produisent leurs effets sur tout le continent américain, à tel point que même les tribunaux supérieurs reconnaissent que le droit des assurances québécois ne peut pas faire abstraction du contexte juridique général canadien<sup>28</sup>. En conséquence, la rédaction et l'interprétation des contrats d'assurance subiront l'influence du droit canadien, tout en gardant leur particularité québécoise.

Nous verrons successivement le cas des architectes et des ingénieurs, et par la suite celui des entrepreneurs.

- 
24. D'ailleurs, le Bureau d'assurances du Canada (BAC) rédige des modèles de polices de toutes sortes qui s'appliquent uniformément à travers le Canada.
  25. L'Acte de Québec de 1774 a réintroduit le droit civil pour gouverner les affaires privées au Bas-Canada, régime qui avait été mis de côté lors de la conquête de la Nouvelle-France par l'Angleterre en 1763. Cependant, le droit public relève de la Common Law: *Acte qui règle plus solidement le Gouvernement de la Province de Québec dans l'Amérique Septentrionale* (R.-U.), 1774, 14 Geo. III, c. 83, art. VIII, IX et XI; S.R.C. 1985, App. II, n° 2.
  26. D. LLUELLES, *op. cit.*, note 23, pp. 9-10; *Aetna Casualty and Surety Co. c. Le Groupe Estrie Mutuelle d'Assurance contre l'incendie*, [1990] R.J.Q. 1795 (C.A.).
  27. En effet, «les règles sur l'assurance doivent présenter une certaine uniformité avec les autres provinces, si l'on veut assurer le développement concurrentiel de nos entreprises et protéger adéquatement le public.» Introduction du Projet de loi 7, notes explicatives de la *Loi sur les assurances*, Québec, 1973.
  28. *Banque nationale de Grèce c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029; *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995.

## 1 - Les architectes et les ingénieurs

Les architectes et les ingénieurs sont des professionnels<sup>29</sup> qui, à ce titre, peuvent souscrire à des assurances de responsabilité couvrant leurs gestes professionnels. Ces polices d'assurance prévoient une protection pour tous les actes posés par l'assuré: plan, devis, conception etc..., ainsi que pour la responsabilité encourue par la surveillance des travaux, selon les besoins de l'assuré. Tous les domaines d'activités de ces professionnels sont donc sujets à une couverture, laquelle devra produire ses effets, à moins de clauses d'exclusion au contrat ou d'un motif de nullité ou de déchéance du contrat<sup>30</sup>. Ainsi, les réclamations pour vices cachés ou malfaçons résultant d'un geste fautif de l'architecte ou de l'ingénieur seront en général couvertes par le contrat d'assurance.

Les primes d'assurances sont fixées en fonction du risque et de la mutualité<sup>31</sup>. Le marché d'assurance québécois, économie et géographie obligent, est intimement lié au reste du Canada et aux États-Unis<sup>32</sup>, de sorte que le taux de prime ne reflète pas nécessairement les risques inhérents aux architectes et ingénieurs québécois<sup>33</sup>. L'inflation, les réclamations de plus en plus nombreuses ainsi que les montants élevés accordés aux victimes par les tribunaux sont autant de facteurs qui ont contribué à l'augmentation des primes et entraîné des franchises importantes<sup>34</sup>.

- 
29. Ces professions sont régies par le *Code des professions*, précité, note 5, ainsi que par la *Loi sur les architectes*, précitée, note 3 et la *Loi sur les ingénieurs*, précitée, note 4.
30. Tels la déclaration initiale de risque incomplète ou frauduleuse: art. 2485 C.c., la faute intentionnelle de l'assuré: art. 2563, al. 2 C.c.
31. D. LLUELLES, *op. cit.*, note 23, p. 7.
32. Bernard FARIBAUT, «Du papillon à la chrysalide ou l'étrange métamorphose de l'assurance de responsabilité», (1987) 55 *Assurances* 300.
33. En effet, le marché québécois est trop restreint pour être évalué séparément de ses voisins, il subit donc leur influence sinon celle du marché mondial: Claude BARRY, «Gestion des risques et assurance de responsabilité pour architectes et ingénieurs», dans *Cautionnements et Assurances, Protection contre les risques des projets de construction*, *op. cit.*, note 6, pp. F-1 et F-2.
34. *Id.*, pp. F-6 à F-10.

Malgré tous ces problèmes, l'assurance de responsabilité demeure la protection la plus adéquate contre les risques rattachés à l'exercice de ces professions. Même en l'absence d'obligation légale d'assurance, il est reconnu que bien peu sinon aucun professionnel n'oserait exercer sans avoir préalablement souscrit un tel contrat.

## 2 - Les entrepreneurs

### - les types de contrat

Plusieurs types de contrats d'assurance sont offerts aux entrepreneurs. Ceux qui nous intéressent concernent principalement les accidents de parcours pouvant survenir pendant la construction.

Le contrat d'assurance de responsabilité civile générale couvre les dommages corporels et matériels résultant d'une cause externe ou d'un accident<sup>35</sup>. Le montant d'assurance sera déterminé selon les besoins de l'assuré et la prime sera évaluée compte tenu de ce montant, du risque ainsi que de l'importance du chantier. Ce contrat produira des effets au-delà de sa durée, car il prévoit que les dommages seront indemnisés «...pour autant qu'ils soient occasionnés par un accident survenant en cours de contrat.» Dans ces circonstances, l'assureur cocontractant sera tenu de respecter ses engagements, même pour les dommages apparaissant après la terminaison du contrat. En effet, la prescription d'un recours pour dommages corporels est d'une année<sup>36</sup>, et celle pour dommages matériels de deux ans<sup>37</sup> à compter de l'événement.

---

35. Une clause générale d'un contrat d'assurance de responsabilité générale offert aux entrepreneurs peut se lire comme suit (Formule du *Bureau d'assurance du Canada*):  
«L'assureur garantit l'assuré contre les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile pouvant incomber à l'assuré en raison:

- de dommages corporels survenant au cours du présent contrat;
- de dommages matériels survenant au cours du présent contrat du fait d'un accident, de privation de jouissance des biens atteints par lesdits dommages, ou de privation de jouissance de biens corporels non endommagés pour autant qu'elle soit occasionnée par un accident survenant au cours du présent contrat.»

36. Art. 2262 C.c.

37. Art. 2261 C.c.



L'assurance des chantiers, quant à elle, garantira les biens se trouvant sur les lieux de la construction. Cette couverture est établie en fonction de la valeur réelle de l'immeuble au début des travaux, des caractéristiques de la construction et de la valeur estimée de l'immeuble à la fin des travaux. Cette garantie a une portée limitée et ne produira ses effets que durant les travaux, ces derniers étant l'objet même de la protection<sup>38</sup>.

Par ailleurs, plusieurs couvertures peuvent être offertes, par un même assureur, dans une même police globale «wrap up» moyennant une prime unique<sup>39</sup>. Cette police a l'avantage de couvrir à la fois tous les intervenants sur un chantier de construction: entrepreneur, sous-entrepreneur, architecte, ingénieur, etc., qui, au lieu de prendre chacun une assurance pour un montant déterminé et visant des objets déterminés, mettent leurs intérêts en commun et souscrivent un seul contrat.

Le problème de l'intérêt d'assurance des divers participants s'est posé. À prime abord, tous les hommes de métier se trouvant sur un chantier n'ont pas l'intérêt d'assurance dans tous les biens qui s'y trouvent. Cependant, toutes les parties ont un intérêt commun, l'achèvement des travaux et l'intérêt assurable se trouve justement dans la poursuite de ce but, celui-ci étant l'objet de leurs contrats respectifs<sup>40</sup>. Chacun ayant l'intérêt d'assurance requis pour

---

38. Une clause usuelle concernant l'étendue de la protection est ainsi libellée (Formule du Bureau d'assurance du Canada):

«Dans les limites du présent contrat, la présente assurance produit ses effets sur les biens se trouvant sur le chantier, depuis leur prise en charge par l'assuré à la suite de leur déchargement, jusqu'à l'expiration d'une période de trente jours suivant la fin des travaux. La présente assurance prend fin, en ce qui concerne toute partie du chantier, dès la mise en service ou l'occupation à des fins autres que de construction, d'habitation, de bureau, ou d'installation, de vérification ou de remisage de matériel, d'équipement ou de machines.»

39. Alain LÉTOURNEAU, «L'assurance en matière de construction», dans *Cautionnements et Assurances, Protection contre les risques des projets de construction*, op. cit., note 6, p. D-6.

40. *Commonwealth Construction c. Imperial Oil*, précité, note 22, 323-324; voir aussi *Scott c. Wawanese Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 R.C.S. 1445 sur la question des intérêts multiples.

l'ensemble du chantier, il devient «assuré» au sens de la police d'assurance.

Un principe fondamental veut qu'un assureur ne soit pas subrogé contre l'assuré lui-même<sup>41</sup>, ce dernier ne pouvant être tenu responsable de la négligence de ses ouvriers face à son propre assureur<sup>42</sup>. Un dommage causé par un des participants à la police globale privera l'assureur de la subrogation, un facteur qui devrait influencer sur le taux de prime!

#### - les exclusions

Tant les polices d'assurance de responsabilité que les polices d'assurance des chantiers comportent des dispositions visant à exclure de la couverture les malfaçons dues à des défauts causés par la main-d'oeuvre «faulty workmanship»<sup>43</sup> ou à la conception des plans et des dessins. Ces clauses sont rédigées différemment selon les assureurs, mais le fondement reste le même<sup>44</sup>. Elles ont reçu une interprétation large, même en l'absence de preuve de négligence de la part des ouvriers<sup>45</sup>, de sorte qu'on peut se demander jusqu'à quel point l'objet même du contrat n'aurait pas été évacué.

- 
41. *Commonwealth Construction c. Imperial Oil*, précité, note 22, 321; art. 2576 C.c.
42. *Id.*, 322, la Cour suprême s'appuie sur l'affaire *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221, 251.
43. L'expression «faulty workmanship» est consacré dans le domaine de l'assurance de la construction, à tel point que les tribunaux se sont demandé si une traduction satisfaisante existait: *Commercial Union cie d'assurance du Canada c. Pentagon Construction Canada Inc.*, [1989] R.J.Q. 1399, 1404-1405 (C.A.).
44. Une clause d'exclusion est ainsi libellée:  
«Sont exclus:  
Les frais inhérents à la bonne exécution des travaux, et rendus nécessaires par des défauts dans:  
les matériaux, leur emploi ou leur choix;  
la main-d'oeuvre;  
les plans ou la conception;  
étant précisé que l'assurance produit néanmoins ses effets en ce qui concerne les sinistres entraînés par voie de conséquence et n'étant pas exclus par ailleurs.»  
(Extrait d'une police d'assurance des chantiers, formule du Bureau d'assurance du Canada)
45. Eric A. DOLDEN, «All Risk Builders Risk Policies Emerging Trends», 9 *Can. L.J.* 20, 22-23; *Pentagon Construction (1969) Co. Ltd. c. United States Fidelity and Guarantee Co.*, [1977] I.L.R. 674 (B.C. C.A.); *Bird Construction Co. c. United States Fire Ins. Co.*, (1987) 18 C.C.L.I. 92 (Sask. C.A.).

Ces exclusions relatives aux défauts résultant de la main-d'oeuvre et des plans ou de la conception se retrouvent aussi dans les polices globales, lesquelles peuvent être illusoires dans certains cas. Par exemple, un architecte assuré s'est vu refuser le bénéfice de l'assurance globale car le fait générateur venait d'une erreur dans ses plans<sup>46</sup>. Il s'agissait en fait d'un litige entre l'assureur de responsabilité de l'architecte et l'assureur des chantiers. Le tribunal a décidé que la police d'assurance des chantiers ne pouvait pas s'appliquer en raison de l'exclusion<sup>47</sup>.

En conséquence de ces exclusions au contrat d'assurance, les malfaçons et vices cachés sont à la charge de l'entrepreneur, que sa responsabilité découle du contrat de construction, de son obligation de diligence ou du régime de l'article 1688 C.c.

- le tempérament à ces exclusions

Les contrats prévoient le plus souvent un tempérament à ces exclusions que nous appellerons «l'exception à l'exclusion». En effet, les défauts causés par la main-d'oeuvre ou les déficiences suite à un plan ou une conception erronés sont exclus. Par contre, seront couverts les dommages aux biens qu'ont entraîné ces défauts. Il y a lieu d'examiner quels dommages seront alors couverts grâce à cette «exception à l'exclusion».

De la même façon que les tribunaux ont interprété les clauses d'exclusion largement à l'avantage des assureurs, ils ont donné une réception restrictive à l'exception et ont été réticents à en accorder le bénéfice à l'assuré lorsque le bien endommagé n'appartenait pas à un tiers<sup>48</sup>. Ainsi, lorsque le recouvrement des fils d'une installation électrique est défectueux, les dommages causés par l'eau à l'installation seront exclus, mais le seront aussi les coûts qu'a entraînés la panne, dommages que l'on pourrait qualifier de

46. *Simcoe & Erie General Insurance Co. c. Royal Insurance Co. of Canada*, [1983] I.L.R. 6149 (Alta C.A.).

47. *Id.*

48. E. A. DOLDEN, *loc. cit.*, note 45, 27; *Bird Construction c. United States Fire Ins. Co.*, précité, note 45; *Golden Eagle Canada Ltd. c. The American Home Assurance Co.*, [1978] C.S. 699.

subséquents, donc devant tomber sous le coup de l'exception<sup>49</sup>. Un défaut dans le plan de la structure d'un pont pouvant causer son écroulement est aussi exclu de la couverture, même si l'erreur dans le plan n'affecte qu'une partie de l'ouvrage, cette partie étant indissociable de l'ensemble de la construction<sup>50</sup>. Toutefois, lorsque l'on peut séparer nettement les causes de dommages, soit d'une part les dommages causés par l'acte fautif (exclu) et ceux résultant de l'objet défectueux (exception à l'exclusion) ces derniers seront alors dédommagés par l'assureur<sup>51</sup>.

Dans un récent jugement, la Cour d'appel du Québec a fait preuve de plus d'ouverture dans l'interprétation des clauses d'exclusions et de leurs exceptions<sup>52</sup>. Il s'agissait de déterminer si les dommages causés à un pilier soutenant un pont étaient couverts par le contrat d'assurance des chantiers. La Cour refait l'étude de la jurisprudence ayant cours au Canada et fait les distinctions qui s'imposent. D'une part, elle affirme qu'il ne peut être donné lieu à l'exclusion de «faulty workmanship» sans preuve de négligence de la part des ouvriers et que c'est l'assureur qui a le fardeau d'établir la faute<sup>53</sup>, sinon, on considérera qu'il s'agit d'un accident, événement couvert par le contrat<sup>54</sup>. D'autre part, la Cour émet des commentaires quant à l'exception à l'exclusion. Elle affirme qu'en présence d'une exception à la clause d'exclusion, il fallait évaluer les conséquences de la faute de la main-d'oeuvre et donner effet à l'exception. Rejetant les solutions jurisprudentielles des autres provinces, la Cour a clairement établi que la clause d'exclusion produira ses effets sur le résultat immédiat de la malfaçon, c'est-à-dire le dommage causé à la pièce même affectée du vice, et non aux dommages découlant du défaut de la pièce<sup>55</sup>. Cette interprétation du contrat d'assurance est, à notre avis,

---

49. *Sayers & Associates Limited c. The Insurance Corporation of Ireland*, [1981] I.L.R. 5476 (Ont. C.A.).

50. *Simcoe & Erie General Insurance Co. c. Royal Insurance Co. of Canada*, précité, note 46.

51. *Poole-Prichard Canadian Limited c. The Underwriting Members of Lloyds*, [1970] I.L.R. 915 (Alta S.C.).

52. *Commercial Union Cie d'assurance du Canada c. Pentagon Construction Canada Inc.*, précité, note 43.

53. *Id.*, 1412.

54. *Id.*, 1403.

55. *Id.*, 1405.

plus conforme au droit et fait échec à la non responsabilité des assureurs dans le domaine de la construction. Est-ce l'effet du hasard ou est-ce parce que l'esprit du droit des assurances a pris un virage avantageant les assurés depuis la réforme de la loi en 1976<sup>56</sup>, qu'une telle décision émane d'un tribunal québécois?

## **B - Critique des protections d'assurance**

On peut penser qu'un entrepreneur ayant pris soin de contracter des assurances bénéficie de bonnes protections. Ceci n'est juste qu'en ce qui concerne les dommages consécutifs à un accident, car nous avons vu que dans la plupart des polices le risque de malfaçon est exclu. En l'absence de définition dans le contrat, les tribunaux ont donné au terme «accident» son sens usuel en regard du contexte du contrat<sup>57</sup>, c'est-à-dire «...un événement involontaire ou imprévu, soit dans l'événement lui-même, soit dans ses effets»<sup>58</sup>. Il s'agit «...d'une mésaventure ou d'une malchance imprévue»<sup>59</sup>.

À ce titre, les erreurs de conception et de fabrication dues à une faute non intentionnelle répondent à cette définition et devraient être couvertes par le contrat d'assurance, à moins d'une d'exclusion expresse au contrat<sup>60</sup>. De même, est un dommage accidentel celui qui découle de la malfaçon. Lorsque la construction viciée entraîne un dommage à un autre bien, il s'agit alors d'un accident qui devrait être considéré comme un événement couvert par le contrat, sans besoin de stipulation expresse à cet effet. Les clauses «d'exception à l'exclusion» ne seraient donc pas nécessaires.

56. L.Q. 1974, c. 70. En effet, plusieurs dispositions de la loi sont maintenant d'ordre public, obligeant ainsi les assureurs à respecter certaines limites dans les exclusions.

57. *Travelers du Canada c. Entreprises Cotenor Ltée*, [1978] C.A. 17, 17-18; voir: Jean-Pierre LUSIGNAN, «L'accident ou la faute non intentionnelle en droit des assurances privées québécois», (1990) *C. de D.* 155-189.

58. *Travelers du Canada c. Entreprises Cotenor Ltée*, précité, note 57.

59. *Canadian Indemnity Co. c. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 309, 316: la Cour suprême y a interprété le terme «accident».

60. *Groupe Desjardins, Assurances générales c. L. Breton & Fils (La Sarre) Ltée*, précité, note 1, 225.

Le législateur a prescrit que la simple faute ou négligence de l'assuré doit être expressément et limitativement stipulée au contrat<sup>61</sup>, cet article étant d'ordre public relatif, on ne peut y déroger qu'en faveur du preneur<sup>62</sup>. Si c'est la faute ou la négligence qui est la cause de la malfaçon, l'exclusion devrait être précisée. Or, le libellé des exclusions utilisé est habituellement laconique: «sont exclus les frais... rendus nécessaires par des défauts dans... la main-d'oeuvre», on ne peut pas conclure qu'il s'agit d'une «stipulation limitativement et expressément énoncée au contrat». À notre avis, ces exclusions ne répondent pas aux exigences impératives de la loi, elles sont donc illégales<sup>63</sup>.

L'interprétation que les tribunaux canadiens ont donné à l'exclusion de «faulty workmanship» est critiquable sur deux aspects. D'une part, ce type de clause ne devrait pas produire d'effet car elle ne respecte pas la loi<sup>64</sup>. D'autre part, présumer de la faute ou de la négligence des ouvriers écarte la thèse de l'accident, élément couvert par le contrat. Sur ce point, nous partageons l'avis de la Cour d'appel du Québec lorsqu'elle exige de l'assureur qu'il fasse la preuve de la faute ou de la négligence pour appliquer l'exclusion, à défaut de quoi on conclura que les malfaçons ont été causées par accident<sup>65</sup>. Interpréter autrement constitue une lecture purement mécanique étrangère aux règles d'interprétation. La Cour suprême<sup>66</sup> nous a enseigné les règles à suivre dans l'interprétation des contrats d'assurance. Il faut, en premier lieu, rechercher

---

61. Art. 2563, al. 1 C.c.

62. Art. 2500, al. 2 C.c.

63. L'article 2563, al. 1 C.c. a donné lieu à peu d'interprétation. Voir: Jean-Guy BERGERON, *Les contrats d'assurance, lignes et entre-lignes*, tome 1, Sherbrooke, Les Éditions SEM inc, 1989, pp. 252-260. Jean-Guy BERGERON, «Quelques points de rencontre entre la responsabilité civile et l'assurance», dans *Responsabilité civile et les dommages: en constante évolution*, The Canadian Institute, le 7 décembre 1990, p. 9.

64. Comme nous venons de le démontrer, lorsqu'une clause du contrat va à l'encontre de l'ordre public, cette clause est «sans effet dans la mesure de la contradiction» *Lejeune c. Cumis Insurance Society Inc.*, [1989] 2 R.C.S. 1048, 1061.

65. *Commercial Union cie d'assurance du Canada c. Pentagon Construction Canada Inc.*, précité, note 43.

66. *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888.

l'intention véritable des parties<sup>67</sup>, et ce n'est qu'en cas d'ambiguïté que l'on recourt aux autres règles.

L'objet même du contrat d'assurance est de protéger l'assuré contre les événements les plus susceptibles de porter atteinte à son patrimoine<sup>68</sup> et en matière de construction, les accidents inhérents aux chantiers sont particulièrement coûteux. Le contrat doit donc être interprété de façon à donner effet au contrat plutôt que l'inverse<sup>69</sup>. Ce qui est visé par l'exclusion est un comportement fautif, qui doit être spécifié et dont on doit faire la preuve.

Il est donc aisé de soutenir que l'interprétation des exclusions doit être réexaminée à la lumière des principes élaborés par les tribunaux en matière d'interprétation des contrats d'assurance<sup>70</sup> ainsi que des exigences du Code civil<sup>71</sup>. Lorsque des clauses sont libellées de façon à exclure de la couverture les dommages résultant d'un défaut de la main-d'oeuvre, il faut considérer que ces défauts doivent résulter d'une faute, sinon le dommage sera couvert par le contrat. Si la malfaçon est causée par une faute, les tribunaux devront évaluer l'exclusion en regard de l'article 2563, al. 1 C.c.

Ces exclusions ne sont pas, selon nous, applicables dans le cas d'un accident et leur légalité est douteuse à l'égard de la simple faute. Un tel point de vue, il est vrai, rompt avec la compréhension traditionnelle de l'assurance de responsabilité contre les malfaçons, mais le contenu et la forme des polices d'assurance peut s'adapter aux besoins exprimés par les assurés<sup>72</sup>.

Une constatation s'impose, l'assurance n'est que de peu d'utilité pour les entrepreneurs comme mode de protection contre les malfaçons. Que ce soit parce que l'assurance est inefficace ou par pratique traditionnelle, le

---

67. *Id.*, 901.

68. *Id.*, 903.

69. *Id.*, 901 et 902; *Hadley Shipping Co. c. Eagle Star Insurance Co. of Canada*, J.E. 80-566 (C.S.).

70. *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, précité, note 66; *Scott c. Wawanese Mutual Insurance Co.*, précité, note 40.

71. Art. 2563, al. 1 C.c.

72. J.-G. BERGERON, *op. cit.*, note 63, p. 258.

cautionnement est privilégié par l'industrie de la construction en tant que façon de se garantir contre les pertes que peuvent encourir un tel risque.

## PARTIE II - LES CAUTIONNEMENTS

### A - Les cautionnements en tant que garanties contre les malfaçons

Le cautionnement est «une sûreté personnelle qui facilite l'exécution de l'obligation<sup>73</sup>». Ce n'est pas un régime qui rajoute un débiteur solidaire, à moins d'un engagement en ce sens de la part de la caution<sup>74</sup>, ni qui relève le débiteur de son obligation, mais c'est un «...acte par lequel une personne s'engage à remplir l'obligation d'une autre pour le cas où celle-ci ne la remplirait pas.»<sup>75</sup> Le contrat de cautionnement est accessoire au contrat principal<sup>76</sup>. À ce titre, la caution poursuivie avant le débiteur principal peut opposer au créancier le bénéfice de discussion; ce n'est qu'advenant la preuve de l'insolvabilité du débiteur que la caution est tenue de payer<sup>77</sup>. Ce paiement ne libère pas pour autant le débiteur car la caution garde contre ce dernier un recours pour se faire rembourser<sup>78</sup>. Le cautionnement est donc une institution à l'avantage du créancier de l'obligation et non à l'avantage du débiteur. Il a par contre la vertu d'attester de la compétence et de la solvabilité de l'entrepreneur, les compagnies de garantie enquêtant avant de s'obliger.

Le cautionnement est largement utilisé dans le domaine de la construction, à diverses étapes du contrat. On trouve le cautionnement de soumission, qui garantit la conclusion du contrat, le cautionnement d'exécution du contrat ainsi que le cautionnement de paiement des matériaux et de la

---

73. Louise POUDRIER-LEBEL, *Le cautionnement par compagnie de garantie*, Montréal, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1986, p. 189.

74. Art. 1941 C.c.

75. Art. 1929 C.c.

76. Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Les Éditions Thémis Inc., 1987, p. 43.

77. *Id.*, p. 43; art. 1941 C.c.

78. La caution procédera par action personnelle (art. 1948 C.c.) ou de type subrogatoire, article 1950 C.c. Voir la discussion de P. CIOTOLA, *op. cit.*, note 76, pp. 47-49.



main-d'oeuvre<sup>79</sup>. Nous nous arrêtons au cautionnement d'exécution de contrat, car c'est celui qui garantit au maître d'ouvrage l'exécution complète et satisfaisante de la construction qu'il a financée. Ce type de cautionnement complète les couvertures offertes dans les contrats d'assurance de responsabilité et d'assurance des chantiers.

Étant donné qu'il s'agit généralement d'un contrat formé par la volonté des parties<sup>80</sup>, il en sera la loi. Il est donc important d'attacher une attention particulière à la rédaction de ses clauses. Le cautionnement d'exécution englobe habituellement l'obligation de compléter les travaux ainsi que celle de réparer les malfaçons<sup>81</sup>.

Dans la plupart des contrats, la caution s'engage à garantir la reprise et le parachèvement des travaux, à défaut du respect de ses obligations par l'entrepreneur. L'on peut penser que ce dernier, s'il a été incapable de mener

79. L. POUDRIER-LEBEL, *loc. cit.*, note 6, A-5.

80. Pour fins de discussion, nous faisons abstraction des obligations relevant des législations concernant les travaux publics qui obligent «...le ministre... à obtenir, pour Sa Majesté, une sûreté valable – libellée au nom de celle-ci – garantissant l'exécution régulière de ces travaux...»: *Loi sur les travaux publics*, précitée, note 6, art. 16.

81. L. POUDRIER-LEBEL, *loc. cit.*, note 6, A-27. Voici un extrait d'un contrat de cautionnement à l'avantage de l'acheteur d'une maison neuve (contrat de cautionnement offert par L'association de la construction du Québec)

«Par les présentes, le Plan (sic) aux conditions ci-après contenues se porte caution des obligations de la personne désignée comme l'entrepreneur au présent certificat, mais uniquement:

1.1 À l'égard de la reprise ou du parachèvement des travaux inscrits à l'attestation d'achèvement et de possession signée par l'entrepreneur et par l'acheteur...

1.2 À l'égard des vices cachés et dénoncés par écrit au Plan dans l'année suivant la signature de l'attestation d'achèvement et de possession, vices cachés signifiant pour les fins des présentes les vices qu'un acheteur raisonnablement diligent ne pouvait déceler au moment de l'émission de l'attestation d'achèvement et de possession et qui sont de la nature de ceux qu'un vendeur est tenu de garantir conformément à l'article 1522 du Code civil.

1.3. À l'égard des vices de construction ou vices du sol apparus et dénoncés par écrit au Plan, dans les 5 ans suivant l'émission de l'attestation d'achèvement et de possession, signifiant ceux ayant entraîné ou risquant d'entraîner la perte partielle ou totale du bâtiment résidentiel et qui sont visés à l'article 1688 du Code civil de la province de Québec.»

le projet à terme, doit être dans une bien mauvaise situation financière, de sorte que le recours de la caution pour le recouvrement de ses débours pourrait être illusoire.

La compagnie de garantie cautionnera aussi les dépenses occasionnées par les vices cachés, entendus au sens de l'article 1522 C.c., c'est-à-dire ceux qui rendent impropres à l'usage auquel on le destinait l'objet de la construction ou qui en diminuent tellement l'utilité que le prix en serait diminué. Il s'agit ici de défauts graves, qui n'étaient pas apparents lors de l'acceptation des travaux par le maître d'ouvrage<sup>82</sup>. Cette clause est d'application limitée dans le temps, soit d'une ou de deux années après l'acceptation des travaux par le propriétaire.

Quant à la garantie pour les réclamations en vertu de l'article 1688 C.c., elle entrera en jeu lorsque les vices de construction ou de sol peuvent entraîner la perte partielle ou totale de l'édifice. La caution s'oblige habituellement pour cinq ans, respectant ainsi le délai prévu par la loi.

La durée de la garantie peut cependant être nettement insuffisante. En effet, la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur se prescrit par trente ans<sup>83</sup> et sa responsabilité délictuelle par deux ans<sup>84</sup>. Une clause limitant l'engagement de la caution à une année dans le cas de vices cachés, peut être nettement insuffisante. Le vice caché, qualifié ainsi justement parce qu'il n'est pas apparent, peut être décelé plus d'une année après la réception des travaux. Il en est de même pour les réclamations faites en vertu de l'article 1688 C.c., le recours pouvant être intenté dans les cinq ans de la perte<sup>85</sup>. Le créancier peut se trouver alors dans une situation où l'entrepreneur est insolvable, alors que le contrat avec la caution est expiré<sup>86</sup>.

---

82. D'ailleurs, lorsque les travaux sont acceptés, le propriétaire ne peut plus se plaindre des vices apparents: *Turcotte c. Lavoie*, précité, note 9; *Duelz c. Kajandi*, précité, note 18.

83. Art. 2242 C.c.

84. Art. 2261 C.c.

85. Art. 2259 C.c.

86. La longue prescription trentenaire dans le domaine contractuel est génératrice de plusieurs problèmes. Le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, qui a été sanctionné le 18 décembre 1991 et qui entrera en vigueur par proclamation, prévoit maintenant une

Ainsi, le maître d'ouvrage et l'acheteur subséquent bénéficient d'une garantie pour les vices cachés et les vices de construction. Il faudra d'abord poursuivre l'entrepreneur, et ce n'est que lorsque ce dernier sera en défaut que le propriétaire pourra se tourner vers la caution<sup>87</sup>. C'est une bien piètre garantie lorsqu'on considère les délais d'une action en justice. Afin de pallier ces inconvénients, certains contrats de cautionnement prévoient que le propriétaire peut s'adresser à la caution après avoir avisé l'entrepreneur. La caution se posera alors comme conciliateur et, en cas d'échec, la poursuite devant les tribunaux sera le seul moyen efficace<sup>88</sup>.

## **B - Critique du cautionnement en tant que garantie**

Le cautionnement est souvent pratiqué par des compagnies d'assurance et peut être ainsi assimilé à l'assurance par les non-juristes. Certains se sont demandé si le cautionnement contre rémunération n'avait pas pour effet de transformer le régime juridique du contrat<sup>89</sup> et le transformer en contrat d'assurance. Me Poudrier-Lebel a fait une étude approfondie des ressemblances et différences entre les cautionnements et les contrats d'assurance<sup>90</sup>. Elle arrive à la conclusion que le cautionnement, bien que son objet soit la garantie contre le risque<sup>91</sup> et malgré son caractère onéreux, est un contrat différent doté de son propre régime juridique<sup>92</sup>.

D'ailleurs, la controverse sur la nature de l'engagement ne pose qu'un problème fictif, les clauses des contrats étant claires à ce sujet. Toutefois, les conséquences pour l'entrepreneur d'être protégé par un contrat de cautionnement ou un contrat d'assurance sont importantes. Contrairement à ses collègues architectes et ingénieurs, il ne bénéficie pas d'une protection

---

prescription de trois ans pour les recours personnels: art. 2925.

87. Art. 1929 et 1941 C.c., d'ailleurs, les contrats de cautionnement prévoient presque toujours une clause à cet effet.

88. Le recours à la conciliation peut être rendu obligatoire par contrat avant toute poursuite légale.

89. L. POUDRIER-LEBEL, *op. cit.*, note 73, p. 194.

90. *Id.*, pp. 194-217.

91. *Id.*, p. 194.

92. *Id.*, pp. 209-217.

d'assurance de responsabilité contre ses erreurs professionnelles. Et pourtant, il devrait y avoir droit au même titre que celui qui engage sa responsabilité par ses plans et dessins, ou par le jeu de l'article 1688 C.c.

On peut constater que le cautionnement, s'il est un instrument utile dans le domaine de la construction, demeure un régime imparfait dans le cas de la responsabilité pour malfaçons et vices cachés. En effet, ce ne sont que les malfaçons qui entraînent la perte de l'immeuble ou le rendent impropres à l'usage qui sont visées par les contrats de cautionnement; les problèmes causés par des malfaçons qui ne tombent pas dans ces catégories sont à l'unique charge de l'entrepreneur. Le maître d'ouvrage peut se retrouver sans protection en cas de défaut de l'entrepreneur. De plus, autre inconvénient, le tiers lésé doit d'abord réclamer du débiteur principal l'exécution de l'obligation avant de s'adresser à la caution<sup>93</sup>, ce qui peut entraîner des retards et des coûts considérables pour le maître d'ouvrage.

Le cautionnement n'est pas une protection pour l'entrepreneur, car ce dernier est toujours le débiteur principal de l'obligation<sup>94</sup> et la caution conserve un recours contre lui pour les sommes qu'elle a payées<sup>95</sup>. Il s'agit plutôt d'une garantie à l'avantage du maître d'ouvrage, offerte par l'entrepreneur qui en paie le coût d'adhésion. Le coût d'une réparation pour malfaçons peut être très élevé, et même acculer un constructeur à la faillite.

## CONCLUSION

Si les contrats d'assurance sont peu utilisés en tant que garantie contre les malfaçons, c'est que la pratique dans ce domaine donne au cautionnement la place de choix. Il n'est pas de notre propos de critiquer l'emploi général des cautionnements dans l'industrie de la construction: ils sont utiles et nécessaires. Que l'on pense au cautionnement de soumission, au cautionnement de paiement de la main-d'oeuvre et des matériaux et même au cautionnement d'exécution. Nous sommes toutefois convaincue que

---

93. Voir note 86.

94. Art. 1941 C.c.

95. Art. 1948 et 1950 C.c.

l'assurance pourrait jouer un grand rôle en ce qui a trait aux erreurs qui surviennent en cours de chantier. Les malfaçons apparaissant pendant la construction ainsi que les vices qui ne sont découverts qu'après la réception des travaux par le propriétaire pourraient ainsi faire l'objet d'une assurance de responsabilité professionnelle.

Au Québec, nous connaissons un système de contrôle visant à assurer la sécurité et la solidité des travaux<sup>96</sup>. Les différents intervenants doivent détenir des licences<sup>97</sup>, cartes de compétence<sup>98</sup> et autres gages de connaissance du métier<sup>99</sup> pour oeuvrer dans le domaine, et les constructions elles-mêmes doivent répondre à des normes établies<sup>100</sup>. L'obtention des licences et cartes de compétence ainsi que la conformité des travaux à la loi font l'objet d'inspections sur les chantiers<sup>101</sup>. S'il est un risque assurable, c'est bien celui qui est pratiquement garanti par les exigences administratives de l'exercice du métier. Tous ces contrôles écartent la croyance voulant que l'assurance contre les malfaçons encouragerait la négligence.

- 
96. Voir le texte de Claire MOFFET et Louise VIAU, «La responsabilité pénale des constructeurs en droit canadien et québécois», dans la présente édition. Les auteures nous rapportent que pas moins de vingt lois, sans compter de nombreux règlements, s'appliquent au domaine de la construction.
97. Tous les entrepreneurs doivent détenir une licence pour effectuer des travaux: *Loi sur la qualification professionnelle des entrepreneurs de construction*, L.R.Q., c. Q-1, quant aux architectes et ingénieurs, ils sont soumis au contrôle de leur corporation professionnelle respective pour obtenir le droit de pratiquer leur profession: *Loi sur les architectes*, précitée, note 3, art. 10 et *Loi sur les ingénieurs*, précitée, note 4, art. 15, 17.
98. Les ouvriers oeuvrant sur un chantier doivent détenir une carte de compétence: *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'oeuvre dans l'industrie de la construction*, L.R.Q., c. R-20, art. 85.1 à 85.6.
99. Par exemple n'ont droit aux titres de «maître électricien» et de «maître mécanicien en tuyauterie» que ceux qui y sont autorisés par la loi: *Loi sur les maîtres électriciens*, L.R.Q., c. M-3, *Loi sur les maîtres mécaniciens en tuyauterie*, L.R.Q., c. M-4.
100. *Loi sur les installations électriques*, L.R.Q., c. I-13.01; *Loi sur les installations de tuyauterie*, L.R.Q., c. I-12.1; *Code du bâtiment*, R.R.Q., 1981, c. S-3, r. 2; *Règlement adoptant le Code électrique canadien*, R.R.Q., 1981, c. I-13.01, r. 2; *Code de plomberie*, R.R.Q., 1981, c. I-12.1, r. 1, pour n'en donner que quelques exemples.
101. Les lois qui réglementent l'industrie de la construction prévoient la nomination d'inspecteurs pour assurer le respect de ces lois: C. MOFFET, L. VIAU, *loc. cit.*, note 96.

Les avantages de l'assurance sur le cautionnement pour l'entrepreneur sont évidents, c'est l'assureur qui paiera la facture. Le contrat d'assurance est cependant soumis à des règles que ne connaît pas le cautionnement. Les causes de nullité des contrats telles l'erreur, la fraude ou la crainte et la lésion<sup>102</sup> sont certes applicables en droit des assurances, mais elles sont peu utilisées, ce dernier connaissant ses propres causes de nullité des contrats. Ainsi, une déclaration initiale de risque incomplète ou frauduleuse de l'assuré entraîne la nullité du contrat<sup>103</sup>. C'est le preneur qui a l'obligation de déclarer et celle-ci implique la très haute bonne foi de sa part<sup>104</sup>. De plus, il est tenu de déclarer les aggravations de risque qui relèvent de lui et celles qui sont prévues au contrat<sup>105</sup>, à défaut de quoi l'indemnité payable à l'assuré sera diminuée proportionnellement et la résiliation du contrat pourra même être prononcée<sup>106</sup>.

Des événements en cours de contrat peuvent aussi entraîner la déchéance des droits de l'assuré à l'indemnité. Ainsi, si le dommage est causé par une faute intentionnelle de sa part<sup>107</sup>, de sa négligence grossière<sup>108</sup> ou résulte de son acte criminel<sup>109</sup>; ou lorsque l'avis de sinistre est donné tardivement<sup>110</sup> ou que la preuve de perte est mensongère<sup>111</sup>. Dans de telles circonstances, l'entrepreneur devra assumer lui-même les coûts de ses erreurs, finalité semblable à celle du cautionnement. Le tiers qui croyait pouvoir compter sur la solvabilité d'un assureur peut ainsi se retrouver dans une

---

102. Art. 991 C.c.

103. Art. 2485 et 2487 C.c.

104. D. LLUELLES, *op. cit.*, note 23, p. 158. *Canadian Indemnity Co. c. Canadian Johns-Manville Co.*, [1990] 2 R.C.S. 549.

105. Art. 2566 C.c.

106. Art. 2566, al. 4 et 2488 C.c.

107. Art. 2563, al. 2 C.c.

108. La négligence grossière est apparentée à la faute intentionnelle lorsque l'assuré aurait pu prévoir le caractère inéluctable du dommage: *Co-operative Fire and Casualty Co., c. Saindon*, [1976] 1 R.C.S. 735.

109. La loi permet expressément d'exclure de la couverture les dommages causés par des agissements qui relèvent d'un acte criminel: article 2481 C.c.

110. Art. 2572 C.c.; *Commercial Union Assurance Co. c. Northumberland General Insurance Co.*, [1990] R.J.Q. 1813 (C.A.).

111. Art. 2574 C.c.

situation plus mauvaise que celui qui fait affaires avec un entrepreneur non-assuré mais ayant un cautionnement. Il faut par contre se souvenir que ces motifs de non-couverture sont l'essence même du régime de l'assurance, lequel est fondé principalement sur la mutualité et la répartition scientifique des risques<sup>112</sup>.

Malgré ces inconvénients, le maître d'ouvrage et le propriétaire subséquent gagneraient beaucoup de l'assurance. Lorsque l'événement est prévu dans un contrat d'assurance, l'assureur a l'obligation de défendre son assuré<sup>113</sup> et indemniser la perte en son lieu et place<sup>114</sup>; de plus, ce tiers peut poursuivre directement l'assureur<sup>115</sup>. On peut y constater une économie de temps et d'argent.

La malfaçon dans le domaine de la construction demeure un risque assurable, et l'assurance est la meilleure protection qui soit, tant pour l'entrepreneur que pour le propriétaire de l'ouvrage. À cet égard, étant donné les sommes importantes qui sont investies lors de la construction du moindre édifice, il serait souhaitable qu'il soit obligatoire pour les architectes, ingénieurs et entrepreneurs de détenir une assurance de responsabilité ainsi que des garanties de solvabilité adéquates avant de se lancer dans un projet, public ou privé.

---

112. D. LLUELLES, *op. cit.*, note 23, p. 7.

113. Art. 2604 C.c.

114. L'indemnité est payable directement à la victime: article 2602 C.c.

115. Art. 2603 C.c.

**RDUS**

**Revue de DROIT**  
**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LA PROCÉDURE APPLICABLE EN MATIÈRE DE PROTECTION DE LA  
JEUNESSE : RÉGIME CONTRADICTOIRE, INQUISITOIRE OU MIXTE?

**Auteur(s) :** Jacinthe MERCIER

**Revue :** RDUS, 1991-1992, volume 22, numéro 2

**Pages :** 369-409

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/13421>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/13421>



*Page vide laissée intentionnellement.*

# LA PROCÉDURE APPLICABLE EN MATIÈRE DE PROTECTION DE LA JEUNESSE: RÉGIME CONTRADICTOIRE, INQUISITOIRE OU MIXTE?

par Jacinthe MERCIER\*

*La procédure applicable en matière de Protection de la jeunesse soulève parfois des interrogations. Elle est régie par des dispositions qui se trouvent en partie dans la Loi sur la protection de la jeunesse et en partie au Code de procédure civile. On y trouve des éléments inspirés du régime contradictoire, d'autres du régime inquisitoire et même quelques emprunts à la procédure pénale. Ceci dit, ce processus judiciaire répond-il adéquatement et de façon cohérente aux objectifs de la Loi sur la protection de la jeunesse? Cet exposé offre des éléments de réponse en décrivant les principales étapes de l'instance où il apparaît que tantôt l'un et tantôt l'autre des régimes procéduraux mentionnés prévalent en fonction de l'objet particulier de chacune des phases du processus.*

---

*Procedural matters relating to youth protection raise a number of difficulties due to the various legislative sources which pertain thereto. These procedural aspects are governed by provisions found in the Youth Protection Act as well as in the Code of Civil Procedure. Some of these aspects appear to follow a more traditional adversarial approach while others seem closer to an inquisitorial model. In certain cases, the influence of the law relating to criminal procedure is evident. Does such a judicial process adequately and coherently fulfill the aims of the Youth Protection Act? The goal of the paper is to answer this query by examining the principle stages of the trial process in light of the procedural influences most prevalent at each step.*

---

\*. LL.L., LL.M., avocate, chargée de cours à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

## SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION</b> .....	371
<b>CHAPITRE 1</b> <b>LES CARACTÉRISTIQUES EMPRUN-</b> <b>TÉES AU RÉGIME INQUISITOIRE</b> .....	373
A)    Le caractère sommaire de la procédure introductive d'instance .....	375
B)    Les atténuations au principe de l'immutabilité du litige .....	377
<b>CHAPITRE 2</b> <b>LES CARACTÉRISTIQUES EMPRUN-</b> <b>TÉES À LA PROCÉDURE PÉNALE</b> .....	386
A)    L'indisponibilité du litige: ni conciliation, ni désiste- ment .....	386
B)    La scission du procès .....	390
<b>CHAPITRE 3</b> <b>LES CARACTÉRISTIQUES DE NATURE</b> <b>MIXTE</b> .....	394
A)    Application d'éléments de nature contradictoire .....	394
1)    Application de la procédure normale d'admi- nistration de la preuve .....	395
2)    Application du principe de la libre contradic- tion .....	397
B)    Le rôle inquisiteur du tribunal .....	402
<b>CONCLUSION</b> .....	407

## INTRODUCTION

Il existe des situations où l'État doit intervenir pour protéger le plus faible. Dès lors se pose un problème d'équilibre: protéger les uns sans nier les droits des autres. C'est un défi qui doit être relevé en matière de protection de la jeunesse. Plusieurs enfants vivent des situations qui compromettent leur sécurité et leur développement. Étant dans un état d'infériorité lorsqu'il est victime de son propre milieu familial, l'enfant malmené sait attendre toute la population. Dès lors, la tentation est forte d'orchestrer une véritable chasse aux sorcières pour identifier les parents indignes, c'est là un piège à éviter puisqu'il n'est pas plus louable de harceler des parents innocents que de taire la situation des enfants malmenés. Si le législateur laisse entièrement aux parties le soin de résoudre ces conflits, l'enfant risque de ne pas être en mesure de faire valoir ses droits. Par contre, une politique trop interventionniste de la part de l'État peut mettre en péril la protection des droits individuels.

Comment concilier ces intérêts opposés? La règle de droit doit refléter cette réalité, mais la recherche de l'équilibre dans la protection des droits individuels peut aussi se trouver dans les moyens de faire valoir ses droits, soit la procédure. C'est ce que nous allons tenter de démontrer. On sait qu'il existe deux grands régimes de procédure soit le régime de la procédure contradictoire et le régime de la procédure inquisitoire. Le *Code de procédure civile* est généralement perçu comme le véhicule d'une philosophie fortement axée sur le régime contradictoire dans le règlement des conflits d'intérêts privés. Le régime inquisitoire reflète une politique interventionniste de l'État. Or, l'intérêt de l'État dans la protection des mineurs est évident. Le droit pénal est aussi un modèle auquel on peut référer lorsque l'intérêt public est en jeu. Nous verrons que dans l'élaboration du régime de procédure applicable en matière de protection de la jeunesse, le législateur a eu recours à ces trois sources.

Le processus judiciaire devant la Chambre de la jeunesse est un sujet controversé. La diversité des sources à l'origine des règles de procédure et l'interprétation des articles 36.1 du *Code de procédure civile* et 85 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* semblent être les causes des difficultés d'interprétation.

L'article 36.1 du *Code de procédure civile* prévoit que sont déterminées par des lois particulières la compétence de la Cour du Québec et la procédure qui doit y être suivie. Conformément à cette disposition, la *Loi sur la protection de la jeunesse* contient des règles de procédure. On pourrait dès lors en déduire que le *Code de procédure civile* est inapplicable en matière de protection de la jeunesse. Mais tel n'est pas le cas, puisque l'article 85 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* rend applicable certaines dispositions du *Code de procédure civile*. Cette disposition est rédigée comme suit:

«Les articles 2, 14 à 20, 46, 49 à 54, 279 à 300 et 302 à 331 du Code de procédure civile (chapitre C-25) s'appliquent devant le tribunal en autant qu'ils ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la présente loi».

Il semble toutefois évident que le législateur a voulu privilégier une procédure différente puisque d'une part, il réfère à la loi particulière et d'autre part, il précise que les articles du *Code de procédure* applicables en vertu de l'article 85 *L.P.J.* ne doivent pas être incompatibles avec les dispositions de la *Loi sur la protection de la jeunesse*.

Le sujet demande donc de préciser le sens des principales dispositions applicables de même que les sources qui ont inspiré le législateur dans l'élaboration de ce régime de procédure.

Le premier chapitre est consacré à l'analyse de la délimitation du débat et de ses effets. Afin de mieux identifier les différences entre l'idéologie du *Code de procédure civile* et celle qui découle de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, nous rappelons en introduction quelques règles concernant la phase des plaidoiries écrites telles que conçues au *Code de procédure civile*. La première section explique la procédure introductive d'instance en matière de protection de la jeunesse. La deuxième section traite des effets du caractère sommaire de cette procédure sur le rôle des parties et plus particulièrement des atténuations apportées au principe de l'immutabilité du litige. Dans le deuxième chapitre, nous identifions quelques règles qui s'inspirent de la procédure pénale. Elles concernent le caractère obligatoire de l'enquête et la scission du procès. Au troisième chapitre nous précisons la nature des articles du *Code de procédure civile* énumérés à l'article 85 *L.P.J.* Nous verrons que

même si ces dispositions véhiculent des principes du régime contradictoire, la *Loi sur la protection de la jeunesse* en atténue la portée en raison du rôle confié au tribunal lors de l'enquête.

## CHAPITRE 1      LES CARACTÉRISTIQUES EMPRUNTÉES AU RÉGIME INQUISITOIRE

Pour identifier les caractéristiques d'un régime de procédure, on examine, entre autres, le rôle attribué aux parties et au juge. On sait que le régime contradictoire accorde une grande liberté aux parties et que le juge joue davantage un rôle d'arbitre. Sous ce régime, les plaidoiries écrites permettent la délimitation du débat. En effet, les parties exposent leurs prétentions en alléguant les faits<sup>1</sup>, elle fixent l'objet contesté du litige en précisant le «résultat économique ou social qu'elles recherchent»<sup>2</sup>. La déclaration, la défense et éventuellement la réponse, la réplique, les demandes incidentes ou reconventionnelles et les amendements constituent des moyens pour les parties d'exercer un monopole sur leurs droits privés<sup>3</sup>. Elles doivent toutefois respecter certaines règles, par exemple, énoncer clairement dans les procédures les faits essentiels qu'elles ont l'intention de prouver lors de l'audition<sup>4</sup> et produire les pièces au dossier<sup>5</sup>. Le défaut de s'y conformer, peut entraîner diverses sanctions<sup>6</sup>.

1. Voir les articles 76 à 93 *C.p.c.*

2. Jean-Louis BERGEL, «Le principe dispositif en procédure (l'expression française)», *Mélanges Todtowski-Varsovie*, 1986, extrait du document de l'auteur, p. 5.

3. *Id.*, p. 6.

4. *C.p.c.*, art. 76 et 77.

5. *C.p.c.*, art. 147.

6. Comme le mentionne le professeur Royer: «Un plaideur ne peut prouver un fait non allégué. Une procédure non signifiée n'est pas régulièrement produite. Un écrit instrumentaire qui n'est pas légalement dénié est tacitement reconnu. Une instance est suspendue tant qu'un plaideur n'a pas produit une pièce invoquée au soutien de sa procédure. L'absence d'un affidavit peut entraîner le rejet d'une procédure. Cependant, une partie peut remédier à son défaut d'observer une règle relative à la plaidoirie écrite soit en amendant sa procédure, soit en signifiant à la partie adverse une procédure adéquate, soit en avisant cette dernière du dépôt d'un écrit qui n'a pas été régulièrement

En contrepartie, le juge ne peut se prononcer sur d'autres questions que celles qui lui sont soumises<sup>7</sup>.

La maîtrise des parties sur l'objet du litige qui donne lieu à «l'immuabilité du litige»<sup>8</sup>, est un principe fondamental en droit judiciaire privé. Cette théorie connaît maintenant des atténuations ici, comme dans d'autres juridictions<sup>9</sup>.

Nous allons donc examiner comment les règles en matière de protection de la jeunesse s'écartent des principes du régime contradictoire, en traitant d'abord du caractère sommaire de la procédure introductive d'instance et ensuite de l'atténuation du principe de l'immuabilité du litige.

---

produit».

Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1987, n° 186, pp. 69-70.

7. «Le principe est que le cadre du procès est tracé par les parties et que le juge y est en quelque sorte enfermé. Il "ne dispose que sur ce que proposent les parties". Ses pouvoirs restent à la mesure du débat qui lui est soumis. [...] Ainsi, la saisine du juge est circonscrite par les plaideurs; le juge est tenu de se prononcer sur tout ce qui est demandé mais seulement sur ce qui est demandé. Il lui est interdit de se prononcer "infra petita" autrement dit de s'abstenir de répondre à tous les chefs de la demande, ou "ultra petita" en accordant plus qu'il ne lui a été demandé, ou encore "extra petita" en se prononçant sur les choses qui ne lui sont pas demandées».

J.L. BERGEL, *loc. cit.*, note 2, p. 6. L'auteur rappelle toutefois que «[...] l'interdiction faite au juge de franchir les limites assignées au débat par les parties ne s'appliquent qu'aux faits de la cause et ne concerne pas leur qualification juridique». *Id.*, p. 10.

8. *Id.*, p. 6.

9. À titre d'exemple, un auteur français nous dit: «Il est d'abord des cas dans lesquels le juge peut prendre d'office certaines dispositions. C'est surtout dans le droit de la famille que la loi lui reconnaît un tel pouvoir. C'est un domaine où certains droits étrangers, le droit italien notamment, consacrent un véritable "procès civil inquisitorial", en raison du caractère très particulier des intérêts en jeu».

*Id.*, p. 7.

### A) Le caractère sommaire de la procédure introductive d'instance

Les principales règles concernant la saisine du tribunal et le contenu de la procédure<sup>10</sup> sont prévus à l'article 75 *L.P.J.*

En vertu de cette disposition, le tribunal est saisi par le dépôt d'une déclaration assermentée qui indique si possible: «[...] le nom de l'enfant et de ses parents, leur adresse, leur âge [...]»<sup>11</sup>. La substance de cette procédure se limite à un exposé sommaire des «[...] faits qui peuvent justifier l'intervention du tribunal»<sup>12</sup>.

---

10. Les articles 74, 74.1 et 74.2 de la *L.P.J.* permettent d'identifier les personnes ou organismes habilités à saisir le tribunal et dans quelles circonstances, ils peuvent le faire. Ces articles sont rédigés comme suit:

74. Le directeur saisit le tribunal relativement à l'application d'une mesure d'urgence lorsque les parents ou l'enfant s'y opposent.

74.1 Le directeur ou la commission peut saisir le tribunal du cas d'un enfant dont la sécurité ou le développement est considéré comme compromis.

La commission peut également saisir le tribunal de toute situation où elle a raison de croire que les droits de l'enfant ont été lésés par des personnes, des organismes ou des établissements.

74.2 Un enfant ou ses parents peuvent saisir le tribunal lorsqu'ils ne sont pas d'accord avec:

a) la décision du directeur à l'effet que la sécurité ou le développement de l'enfant est compromis ou non;

b) la décision du directeur quant à l'orientation de l'enfant;

c) la décision de prolonger ou non la durée de l'hébergement volontaire dans un centre d'accueil ou une famille d'accueil;

d) la décision du directeur lors d'une révision;

e) la décision du directeur général, conformément à l'article 9.

À la lecture de ces dispositions, on constate que seules les personnes désignées dans la loi sont habilitées à saisir le tribunal et que des conditions doivent être respectées. À titre d'exemple, les parents ne peuvent saisir le tribunal, si le directeur n'a pas d'abord rendu une décision.

11. *L.P.J.*, art. 75.

12. *Id.* À l'alinéa 2, cette disposition prévoit de plus: «Un fonctionnaire du tribunal ou une personne oeuvrant dans un établissement doit, lorsqu'il en est requis, venir en aide à une personne qui désire produire une déclaration en vertu du présent chapitre».



Concrètement, cette disposition signifie que l'énoncé de tous les faits essentiels n'est pas exigé dans la déclaration<sup>13</sup>. Vu le caractère sommaire de cette procédure, la partie adverse ne produira pas en principe de défense écrite. C'est la contestation orale<sup>14</sup> qui est d'usage. Le tribunal peut toutefois autoriser la production d'une procédure écrite.

«Le tribunal peut, s'il l'estime opportun, permettre une contestation écrite et fixer le délai dans lequel cette contestation doit être produite ainsi qu'une autre date pour l'audition de la cause»<sup>15</sup>.

Le débat écrit se limite donc à la déclaration sommaire assermentée, accompagnée d'un avis d'audition. Le tout sera signifié conformément à l'article 76 *L.P.J.* On ne peut donc parler de l'étape des plaidoiries écrites au sens où on l'entend suivant le droit commun.

En fait:

«[...] le livre 2 du *Code de procédure civile* traitant de la procédure ordinaire en première instance relativement à l'introduction de l'action, de la comparution, de l'assignation, du bref et de la déclaration, de la signification, de la production des pièces et du bref, de la contestation de l'action, de la contestation au fond du défaut de comparaître et plaider ainsi que l'inscription, *ce livre ne*

- 
13. T.J. Montréal, n° 540-41-000113-869, 2 décembre 1986, j. Nicole Bernier, pp. 5 et 6. Dans cette décision, le tribunal déclare aussi que ce processus a pour effet de rendre inutile la requête pour interrogatoire au préalable et nous dit:  
«Cette procédure introductive d'instance assermentée étant sommaire, quelle serait l'utilité d'interroger préalablement le déclarant, celui-ci n'ayant qu'à justifier "prima facie" l'intervention du Tribunal? Comment obtenir, à ce stade, le rejet d'une procédure pour insuffisance, manque de sérieux ou frivolité d'une déclaration assermentée qui de toute façon *n'a pas à être exhaustive* et ne lie pas le déclarant à la preuve des seuls faits allégués dans la déclaration? En conséquence, pourquoi retarder inutilement le déroulement de l'instance?», pp. 5 et 6. [nos italiques]
14. T.J. Kamouraska, n° 250-41-00049 et 50-86, 26 novembre 1986, j. André Sirois, p. 8.
15. *Règles de pratique et de procédure de la Cour du Québec (chambre de la jeunesse) en matière civile et en matière d'adoption*, (Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q. c. T-16, art. 98 et 113) Décret 1257-83, 15 juin 1983, (1983) 115 G.O. II, 2782, art. 27; erratum (1984) 116 G.O. II, 1501; L.Q. 1988 c. 21 art. 66.

*s'applique pas en matière de protection de la jeunesse*<sup>16</sup>. [nos italiques]

L'exclusion de ces dispositions du *Code de procédure civile* a des effets sur le rôle des parties dans la délimitation du débat. La prochaine section permettra de préciser ces effets qui atténuent la portée de la règle de l'immutabilité du litige.

### B) Les atténuations au principe de l'immutabilité du litige

Le caractère sommaire de la procédure permet de déduire qu'au cours de l'enquête les parties ne sont pas limitées à la seule preuve des faits allégués<sup>17</sup> puisque la déclaration ne leur permet pas de délimiter la matière litigieuse.

Le tribunal non plus n'est pas lié par les allégations des parties ni par leurs conclusions. C'est du moins l'interprétation qui prévaut actuellement<sup>18</sup>. Cette théorie se fonde en partie sur l'exclusion de l'article 468 *C.p.c.* dans l'énumération de l'article 85 *L.P.J.*, et concerne la règle de l'*ultra petita*<sup>19</sup>. La

16. T.J. Kamouraska, n° 250-41-00049 et 50-86, 26 novembre 1986, j. André Sirois, p. 7.

17. T.J. Montréal, n° 540-41-000113-869, 2 décembre 1986, j. Nicole Bernier, pp. 5 et 6.

18. T.J. Montréal, n° 500-41-004909-75, 14 janvier 1985, j. Elaine Demers; T.J. Québec, n° 200-41-000197-848, 21 novembre 1984, j. André Sirois; T.J. Québec, n° 200-41-000019-836, 7 mars 1983, j. L. Galipeault-Moisan; *Protection de la jeunesse* - 180, [1986] R.J.Q. 1517, 1519. Voir aussi: Jean-François BOULAIS, *Loi annotée sur la protection de la jeunesse*, Montréal, SOQUIJ, 1986, 364 p. Notons que le comité de protection de la jeunesse porte maintenant le nom de «Commission de protection des droits de la jeunesse» *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse*, L.Q. 1989 c. 53, (1989) 121 *G.O.* II 4367, p. 150. *Contra*: *Protection de la jeunesse* - 137, J.E. 84-674, où le tribunal soulève la question du «[...] droit de savoir exactement ce qui est demandé, de façon à pouvoir exercer pleinement celui d'être entendu; si l'enfant avait su que le Tribunal ordonnerait son hébergement pour une période plus longue que celle demandée dans la requête, il se peut qu'elle aurait adopté une position différente [...] Elle subit donc un préjudice lorsqu'on lui impose une décision qu'elle n'avait pu anticiper et qu'elle n'avait pu combattre». La théorie voulant que le tribunal soit lié par les conclusions est aussi appuyée par: C.S. St-François, n° 450-24-000002-81, 25 septembre 1981, j. Jean-Louis Péloquin; T.J. Iberville, n° 755-03-000165-82, 755-03-000169-82, 755-03-000011-83, 28 avril 1983, j. Claude Crête.

19. J.-F. BOULAIS, *op. cit.*, note 18, p. 150.

rédaction des articles 77<sup>20</sup> et 91<sup>21</sup> *L.P.J.* sert aussi de fondement à cette interprétation.

Cela signifie, par exemple, que même si la déclaration réfère à l'un des motifs prévus aux articles 38 ou 38.1 *L.P.J.*<sup>22</sup>, le tribunal pourrait conclure

- 
20. L'article 77 *L.P.J.* prévoit que le tribunal: «[...] doit procéder lui-même à toute l'enquête qui donne ouverture à sa décision». Andrée RUFFO, «Le rôle du juge du Tribunal de la jeunesse sous la *Loi sur la protection de la jeunesse* et la *Loi sur les jeunes contrevenants*», (1988) 19 *R.G.D.* 413, 424. De la même auteure, voir aussi: «Le rôle du juge en matière de protection» dans *Les enfants devant la justice*, juges, avocats et experts témoignent, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1990, p. 36 et suiv.
21. L'article 91 *L.P.J.* est rédigé comme suit:
91. Si le tribunal en vient à la conclusion que la sécurité ou le développement de l'enfant est compromis, il peut, pour la période qu'il détermine, ordonner l'exécution de l'une ou de plusieurs des mesures énumérées à l'article 54. Il peut en outre:
- a) ordonner qu'une personne s'assure que l'enfant et ses parents respectent les conditions qui leur sont imposées et fasse rapport périodiquement au directeur;
  - b) retirer aux parents l'exercice de certains droits de l'autorité parentale;
  - c) recommander que des mesures soient prises en vue de faire nommer un tuteur à l'enfant;
  - d) faire toute autre recommandation qu'il [le tribunal] estime dans l'intérêt de l'enfant.
- Si le tribunal en vient à la conclusion que les droits d'un enfant en difficulté ont été lésés par des personnes, des organismes ou des établissements, il peut ordonner que soit corrigée la situation.
22. Les articles 38 et 38.1 *L.P.J.* sont rédigés comme suit:
38. Aux fins de la présente loi, la sécurité ou le développement d'un enfant est considéré comme compromis:
- a) si ses parents ne vivent plus, ne s'en occupent plus ou cherchent à s'en défaire;
  - b) si son développement mental ou affectif est menacé par l'absence de soins appropriés ou par l'isolement dans lequel il est maintenu ou par rejet affectif grave et continu de la part de ses parents;
  - c) si sa santé physique est menacée par l'absence de soins appropriés;
  - d) s'il est privé de conditions matérielles d'existence appropriées à ses besoins et aux ressources de ses parents ou de ceux qui en ont la garde;
  - e) s'il est gardé par une personne dont le comportement ou le mode de vie risque de créer pour lui un danger moral ou physique;
  - f) s'il est forcé ou incité à mendier, à faire un travail disproportionné à ses capacités ou à se produire en spectacle de façon inacceptable eu égard à son âge;
  - g) s'il est victime d'abus sexuels ou est soumis à des mauvais traitements physiques par suite d'excès ou de négligence;

à l'état de compromission en se fondant sur un autre motif. À cet effet, le juge Gendron nous dit:

«Il est vrai que ce motif énoncé à l'alinéa b) de l'article 38 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* n'a pas, comme tel, été allégué. Toutefois, cela ne change rien puisqu'il est évident que le soussigné, vu l'existence, entre autres, de l'article 77 de la même loi qui commande que le tribunal procède lui-même à toute l'enquête qui donne ouverture à cette décision, peut tenir compte d'une preuve valablement faite en cours d'instance. Il est à remarquer qu'il n'y a pas eu d'objection à cet effet; même s'il y en avait eu, le président du tribunal aurait dû la rejeter pour les motifs précédemment indiqués»<sup>23</sup>.

---

*h)* s'il manifeste des troubles de comportement sérieux et que ses parents ne prennent pas les moyens nécessaires pour corriger la situation ou n'y parviennent pas.

Le paragraphe *g* ne s'applique pas si l'enfant est victime d'abus sexuels ou est soumis à des mauvais traitements de la part d'une personne autre que ses parents et que ceux-ci prennent les moyens nécessaires pour corriger la situation.

**38.1** La sécurité ou le développement d'un enfant peut être considéré comme compromis:

*a)* s'il quitte sans autorisation son propre foyer, une famille d'accueil, un centre d'accueil ou un centre hospitalier alors que sa situation n'est pas prise en charge par le directeur de la protection de la jeunesse;

*b)* s'il est d'âge scolaire et ne fréquente pas l'école ou s'en absente fréquemment sans raison;

*c)* si ses parents ne s'acquittent pas des obligations de soin, d'entretien et d'éducation qu'ils ont à l'égard de leur enfant ou ne s'en occupent pas d'une façon stable, alors qu'il est confié à un établissement ou à une famille d'accueil depuis deux ans.

23. T.J., n° 610-41-000004-887, 3 juin 1988, j. Gilles Gendron, p. 6. Dans le même sens voir: A. RUFFO, *loc. cit.*, note 20, p. 422 où l'auteure nous dit:

«Ainsi, si la preuve révèle d'autres motifs de protection que ceux allégués par le directeur de la protection de la jeunesse, le Tribunal doit retenir ces motifs et accorder la protection pour l'ensemble des motifs ainsi prouvés». Ce qui signifie que le tribunal peut se prononcer «*extra petita*» c'est-à-dire sur des choses qui ne lui sont pas demandées.

Selon cette théorie, l'amendement<sup>24</sup> ne serait pas une procédure essentielle. Le tribunal a déjà accordé une requête en amendement mais en précisant:

«[...] le tribunal se permet de souligner qu'il aurait pu rendre une telle décision sans amendement puisqu'il n'est point lié par la doctrine de l'*ultra petita*. Le tribunal est d'opinion que l'application de l'article 468 du *Code de procédure civile* n'a pas d'application (*sic*) en matière de protection de la jeunesse [...]»<sup>25</sup>.

Et il ajoute:

«L'article 77 L.P.J. prévoit que le T.J. doit procéder lui-même à l'enquête qui donne ouverture à sa décision. Le rôle des procureurs du D.P.J. consiste à exposer la situation du jeune et à faire les recommandations que le D.P.J. juge appropriées. [...] C'est ainsi que cet amendement qui a été demandé par la Direction de la protection de la jeunesse et accordé, n'était pas en soi nécessaire si le tribunal en venait à la conclusion que les mesures recherchées pour la protection de la sécurité et du développement de cet enfant étaient justifiées. [...] Ce qui doit diriger le tribunal dans sa prise de décision à l'égard des mesures à être employées envers un enfant, c'est avant tout l'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits, tel qu'il appert de l'article 3 L.P.J. et de l'article 30 C.c. et non pas en soi les recommandations faites par le D.P.J.»<sup>26</sup>.

- 
24. Rappelons que ce moyen sert à:  
«[...] modifier, rectifier ou compléter les énonciations ou conclusions de l'acte initial [...] (ou à) invoquer des faits survenus en cours d'instance [...] (ou à) faire valoir un droit échu depuis l'assignation et lié à celui exercé par la demande originaire».  
*C.p.c.*, art. 202.
25. T.J. Québec, n° 200-41-000197-848, 21 novembre 1984, j. André Sirois, p. 3.
26. *Id.* L'abréviation D.P.J. et le mot directeur signifient: directeur de la protection de la jeunesse. L'abréviation T.J. signifie: Tribunal de la jeunesse maintenant appelé Cour du Québec (Chambre de la jeunesse) *Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires et d'autres dispositions législatives en vue d'instituer la Cour du Québec*, L.Q. 1988 c. 21, art. 119; (1988) *G.O.* II 4871.

Une déclaration sans aucune conclusion n'empêcherait pas le tribunal de rendre une décision:

«[...] pour que joue la règle de l'*ultra petita*, encore faut-il qu'une demande précise soit nécessaire. En vertu de l'article 75 de la loi, le Tribunal de la jeunesse n'est pas saisi d'une *demande* mais d'une *déclaration* qui n'indique que le nom des intéressés, et les faits qui peuvent justifier son intervention. Cette déclaration n'a pas à préciser le remède préconisé ou recherché par le directeur ou le comité de la Protection de la jeunesse. Une déclaration, sans conclusion d'aucune sorte, permettrait quand même au Tribunal de statuer sur le cas. L'article 95, qui traite des demandes de révision d'ordonnance, n'exige pas non plus qu'on saisisse le tribunal de conclusions précises qui pourraient lier la partie demanderesse et lui rendre opposable la règle de l'*ultra petita*»<sup>27</sup>.

La rédaction de l'article 91 constitue un argument supplémentaire en faveur de la théorie voulant que le tribunal ne soit pas lié par les conclusions demandées par les parties. Le préambule est rédigé comme suit:

«Si le tribunal en vient à la conclusion que la sécurité ou le développement de l'enfant est compromis, il peut, pour la période qu'il détermine, ordonner l'exécution de l'une ou de plusieurs des mesures énumérées à l'article 54»<sup>28</sup>.

27. *Protection de la jeunesse* – 180, précitée, note 18, 1518, 1519. Concernant la théorie voulant que le tribunal ne soit pas lié par les conclusions. Voir aussi: A. RUFFO, *loc. cit.*, note 20, p. 425.

28. L'article 91 *L.P.J.* est cité à la note 21. L'article 54 est rédigé comme suit:  
54. À titre de mesures volontaires, le directeur peut notamment recommander:  
a) que l'enfant soit maintenu dans son milieu familial et que les parents fassent rapport périodiquement sur les mesures qu'ils appliquent à eux-mêmes ou à leur enfant pour corriger la situation antérieure;  
a.1) que les parents s'engagent à participer activement à l'application de mesures qui ont pour but de corriger la situation;  
b) que certaines personnes s'abstiennent d'entrer en contact avec l'enfant;  
b.1) que l'enfant s'engage à ne pas entrer en contact avec certaines personnes;  
c) que l'enfant soit confié à d'autres personnes;  
d) qu'une personne oeuvrant au sein d'un établissement ou d'un organisme apporte aide, conseil ou assistance à l'enfant et à sa famille;

Ainsi, c'est le tribunal: «[...] par l'entremise de l'un de ses juges qui a alors exclusivement juridiction pour disposer intégralement du litige dont il est saisi par déclaration»<sup>29</sup>. Et s'il conclut que la sécurité ou le développement de l'enfant est compromis à la suite d'une enquête menée conformément à l'article 77 *L.P.J.*:

«[...] c'est encore lui seul qui a la compétence d'imposer l'une ou plusieurs des mesures énumérées à l'article 54, au sujet desquelles le directeur n'a qu'un pouvoir de recommandation comme nous l'avons vu auparavant et en outre celles qui sont aussi prévues à l'article 91 [...] tel qu'il appert de cet article dont le premier alinéa est formulé en termes clairs et précis qui ne donne point ouverture à interprétation»<sup>30</sup>.

S'il ordonne l'une des mesures prévues à l'article 54, le tribunal doit:

- e) que l'enfant soit confié à un centre hospitalier, à un centre local de services communautaires ou à un organisme afin qu'il y reçoive les soins et l'aide dont il a besoin;
- f) que l'enfant ou ses parents se présentent à intervalles réguliers chez le directeur pour lui faire part de l'évolution de la situation;
- g) que l'enfant reçoive certains services de santé;
- h) que l'enfant soit confié pour une période déterminée à un centre d'accueil ou une famille d'accueil choisi par le centre de services sociaux;
- i) (*paragraphe abrogé*);

j) que l'enfant fréquente un milieu d'apprentissage autre qu'un milieu scolaire.

Lorsqu'il recommande l'application de mesures volontaires, le directeur doit, dans toute la mesure du possible, faire appel aux personnes ou organismes oeuvrant dans le milieu naturel de l'enfant.

Lorsqu'il recommande de confier l'enfant à un centre d'accueil ou à un centre hospitalier, le directeur doit préciser si un hébergement est requis.

29. C.S. Québec, n° 200-24-000001-855, 18 février 1986, j. Paul-Étienne Bernier, p. 14.

30. *Id.* Voir aussi: *Protection de la jeunesse* - 293, [1988] R.J.Q. 213. *Contra*: C.S. Ter-rebonne, n° 700-05-000258-875, 17 décembre 1987, j. Roland Durand. Le tribunal nous dit: «Il est vrai que le Tribunal de la jeunesse puisse, le cas échéant, ordonner que soit faite une chose qui n'était pas spécifiquement demandée, mais à condition qu'il s'agisse alors d'une chose semblable à la demande elle-même, ce qui n'est pas le cas ici» (p. 4). La décision rendue en première instance semblait toutefois outrepasser les pouvoirs du tribunal.

«[...] se limiter dans ses décisions aux mesures énumérées à l'article 54, cette nouvelle phraséologie enlevant au tribunal la possibilité de se servir du préambule de l'article 54 où se retrouve le mot "notamment" pour ordonner d'autres mesures que celles qui sont spécifiquement énumérées à l'article 54»<sup>31</sup>. [nos italiques]

Ces restrictions seraient justifiées par le caractère contraignant des décisions du tribunal<sup>32</sup>.

«[...] le tribunal lui, dont les ordonnances sont contraignantes et possiblement, limitatives de l'exercice de certains droits, doit s'en tenir à l'énumération de l'article 54 à laquelle s'ajoutent les pouvoirs de l'article 91 a), b), c) et d).

Il y a donc lieu de conclure que le tribunal lorsqu'il déclare que la sécurité et le développement de l'enfant sont compromis, peut ordonner une ou plusieurs des mesures énumérées aux articles 91 et 54 et cela exclusivement»<sup>33</sup>.

- 
31. T.J. Drummond, n° 405-41-000007-84, 30 janvier 1985, j. Constant Cordeau, p. 21.
32. Par opposition, le directeur dispose d'une plus grande latitude quant aux choix des mesures. Il n'a toutefois pas de pouvoir coercitif, les mesures devant être négociées et acceptées par les parents et l'enfant de quatorze ans et plus.
33. T.J. Montréal, n° 500-41-000064-850, 2 juillet 1985, j. Ginette Durand-Brault, pp. 7 et 8. Voir aussi: J.-F. BOULAIS, *op. cit.*, note 18, pp. 155-156. *Contra*: Voir: A. RUFFO, *loc. cit.*, note 20, p. 424 où l'auteure nous dit:  
«Personnellement, je n'endosse pas certaines décisions à l'effet que les mesures que doit alors prendre le Tribunal sont limitées par les dispositions contenues aux articles 91 et 54 L.P.J.  
M'autorisant des propos tenus par le juge McIntyre de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Mills c. La Reine*, je pense qu'au contraire le juge du Tribunal de la jeunesse doit faire preuve d'imagination en inventant les mesures adaptées au besoin de chaque cas, lesquelles doivent évidemment être prises en fonction des intérêts et du respect des droits de l'enfant».  
À la page 425 elle ajoute:  
«Il peut cependant arriver et il se produit effectivement que les mesures proposées à ces articles [54 et 91 L.P.J.] ne soient pas une réponse adéquate au problème spécifique de l'enfant. Est-ce à dire que dans un tel cas, le Tribunal doit ordonner une mesure inappropriée à l'enfant et juger ainsi contre son intérêt et le respect de ses droits?  
Puisque l'objectif primordial de la loi est de faire cesser toute situation de compromission, les décisions du Tribunal doivent effectivement mettre fin à telle compromission. Pour



Si le tribunal n'est pas lié par les conclusions de la demande, cela ne signifie pas qu'il les ignore:

«Si en évaluant la preuve le tribunal conclut que les mesures proposées sont de nature à corriger l'état de compromission et éventuellement à le faire disparaître, alors le consentement de l'enfant et des parents aux mesures proposées devient un motif additionnel pour y donner suite, le consentement prendra plus tard une importance et une dimension particulière dans l'exécution et l'évaluation des mesures qu'aurait ainsi ordonnées le tribunal»<sup>34</sup>.

Il est possible de faire ici un parallèle avec une règle de droit pénal. En matière de protection de la jeunesse, le tribunal assume la responsabilité d'ordonner la mesure adéquate. En matière de droit pénal

«Le tribunal a [...] la responsabilité de déterminer la sentence et une entente entre le procureur de la couronne et celui de l'accusé ne le lie nullement quoiqu'il doive la considérer sérieusement»<sup>35</sup>.

Le débat serait donc délimité par la loi. Le tribunal est limité dans ses conclusions par les articles 38, 38.1 *L.P.J.* suivant lesquels la sécurité ou le développement d'un enfant peut être considéré compromis et par l'article 91 *L.P.J.* quant aux mesures à ordonner. Si la preuve permet de conclure à l'existence de l'un des motifs, qu'il ait été allégué ou non, l'enfant pourra être mis sous protection en vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse*.

---

que soient respectés les buts de la loi dans le seul et unique intérêt de l'enfant, le Tribunal, s'il ne trouve pas une réponse adéquate dans la *Loi sur la protection de la jeunesse* peut s'autoriser des dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantissant à un enfant son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ou celles de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Pour que la mesure soit incisive, c.-à-d. au coeur du problème, il ne faut tenir compte que de l'intérêt de l'enfant et du respect de ses droits».

34. T.J. St-François, n° 450-41-000645-82, 31 mars 1983, j. Albert Gobeil, p. 6.

35. Gisèle COTÉ-HARPER, Antoine D. MANGANAS et Jean TURGEON, *Droit pénal canadien*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1989, p. 81.

Ce processus un peu particulier se justifie par la nécessité de protéger l'enfant. Si le législateur laissait une complète autonomie aux parties, le résultat recherché serait difficile à obtenir. La présence de nombreux intervenants dans le débat<sup>36</sup> et le rôle du D.P.J. expliquent aussi ce mode de fonctionnement. Plusieurs personnes agissant dans l'intérêt de l'enfant n'interviendront pas avant que l'audition soit commencée. Elles sont susceptibles de fournir des renseignements précieux sur la situation de l'enfant. Quant au directeur de la protection de la jeunesse, il joue un rôle important lors de l'intervention sociale, étape préliminaire à l'intervention judiciaire. Il a déjà eu l'occasion d'évaluer la situation de l'enfant<sup>37</sup> et de proposer s'il y a lieu des mesures volontaires<sup>38</sup>. Très souvent, il saisira le tribunal du dossier<sup>39</sup>. Comme l'a déjà mentionné l'honorable juge Albert Gobeil, il ne faudrait pas que l'intervention judiciaire soit perçue comme la continuation des procédés du D.P.J.<sup>40</sup>. Il ne faudrait pas non plus qu'elle soit perçue comme: «[...] un moyen technique [...] pour le soumettre (l'enfant) d'autorité seulement lorsqu'il n'est pas d'accord»<sup>41</sup>.

En résumé, la procédure introductive d'instance ne permet pas de délimiter le débat. Le tribunal n'est pas lié par la règle de *l'ultra petita*. Ces considérations permettent de conclure qu'en matière de protection de la jeunesse, le régime procédural ressemble peu aux règles du régime contradictoire du moins en ce qui concerne cette partie de l'instance. En d'autres termes, les plaidoiries écrites n'existent pas vraiment en matière de protection de la jeunesse.

---

36. Voir à ce sujet l'article 81 *L.P.J.* qui est rédigé comme suit:

81. Le tribunal entend les personnes intéressées ainsi que les avocats qui les représentent. Le directeur, la commission ou le procureur général peuvent, d'office, intervenir à l'enquête et à l'audition comme s'ils y étaient parties; toute autre personne peut y intervenir si elle démontre au tribunal qu'elle agit dans l'intérêt de l'enfant.

37. *L.P.J.*, art. 49.

38. *L.P.J.*, art. 51 à 53.

39. *L.P.J.*, art. 53.1, 74 et 74.1.

40. *Protection de la jeunesse* - 91, [1983] T.J. 2040.

41. T.J. St-François, n° 450-41-000833-82, 4 janvier 1984, j. Albert Gobeil.

Si le formalisme réduit de la procédure écrite a des effets sur le rôle des parties, certaines caractéristiques de nature pénale diminuent leur liberté particulièrement en matière de conciliation et de désistement des procédures.

## **CHAPITRE 2            LES CARACTÉRISTIQUES EMPRUNTÉES À LA PROCÉDURE PÉNALE**

Le processus judiciaire en matière de protection de la jeunesse emprunte quelques notions à la procédure pénale. En effet, de ce modèle le législateur a retenu le caractère obligatoire de la procédure et la scission du procès, soit le déroulement de l'enquête en deux étapes. Ces éléments semblent avoir été retenus d'une part pour assurer la protection de l'enfant et d'autres part pour protéger les droits individuels. En effet, le caractère obligatoire de la procédure a pour effet de confier au tribunal, la responsabilité de vérifier si l'enfant a besoin de protection et d'ordonner le cas échéant les mesures appropriées. Quant à la théorie de la scission du procès elle oblige à bien distinguer les éléments factuels qui doivent être utilisés pour démontrer l'état de compromission de l'enfant, des traits de personnalités qui peuvent être utiles dans le choix des mesures à appliquer.

### **A)        L'indisponibilité du litige: ni conciliation, ni désistement**

La procédure civile accorde un rôle important aux parties. Elles ont en principe la maîtrise du procès<sup>42</sup>. Cette liberté implique, entre autres, qu'elles peuvent

«[...] toujours mettre fin à l'instance avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet d'un jugement ou en vertu de la loi [...]. Elles sont libres de se concilier ou de transiger, le demandeur peut librement se désister de sa demande»<sup>43</sup>.

---

42. J.L. BERGEL, *op. cit.*, note 2, p. 3.

43. *Id.*, p. 4. Voir dans le même sens Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, *Procédure civile*, 20e éd., Paris, Précis Dalloz, 1981, p. 407.

L'indisponibilité du litige signifie en quelque sorte que les parties ne sont pas libres de mettre fin au débat. Cette théorie s'apparente à un principe de droit pénal, soit celui du caractère obligatoire de la procédure<sup>44</sup>.

«En matière pénale, un litige ne peut en principe être réglé autrement que par l'intervention du pouvoir judiciaire [...]. La règle est donc différente de celle qui prévaut en matière civile où un litige peut en principe faire l'objet d'une transaction»<sup>45</sup>.

En matière de protection de la jeunesse, les parties sont-elles libres de mettre fin au débat ou sont-elles soumises à la règle de l'indisponibilité du litige?

On sait que lors de l'intervention sociale, le directeur de la protection de la jeunesse peut opter pour le régime des mesures volontaires fondées sur la collaboration des parties, pour protéger l'enfant<sup>46</sup>. Toutefois, si les parents ou l'enfant ne consentent pas aux mesures proposées, si l'une des parties se retire de l'entente et que la sécurité ou le développement de l'enfant demeure compromis, le D.P.J. doit saisir le tribunal<sup>47</sup>.

Le recours au tribunal implique alors:

«[...] une réévaluation de la situation permettant ou non au tribunal de déclarer compromis la sécurité ou le développement de l'enfant et le recours à des mesures d'orientation si nécessaire»<sup>48</sup>.

- 
44. *Id.* Voir aussi: Pierre BÉLIVEAU, Jacques BELLEMARE et Jean-Pierre LUSSIER, *Traité de procédure pénale*, tome 1, Montréal, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1981, p. 32.
45. P. BÉLIVEAU, J. BELLEMARE et J.P. LUSSIER, *op. cit.*, note 44, p. 32.
46. Claude BOISCLAIR, «La nature juridique de l'entente sur les mesures volontaires dans la Loi sur la protection de la jeunesse» dans *Droit et enfant*, Formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Les Éditions Yvons Blais Inc., 1990, 123 à la page 127.
47. *Id.*; art. 51 et 53.1. *L.P.J.* L'enfant doit avoir 14 ans pour que sa volonté puisse affecter l'entente.
48. T.J. Montréal, n° 500-41-000343-79.1, 18 avril 1980, j. Jacques Lamarche, p. 3 (B.J., vol. 1, n° 8, p. 1362).

Le tribunal doit alors procéder à l'enquête qui donne ouverture à sa décision tel que l'exige l'article 77 *L.P.J.* Mais qu'arrive-t-il si les parties concluent une entente en cours d'instance? À ce sujet, le professeur Claude Boisclair nous dit:

«Dès que le tribunal est saisi du dossier, toutes les décisions relèvent exclusivement de son autorité»<sup>49</sup>.

C'est donc dire que le tribunal ne pourrait déclinier sa juridiction même si les parties s'entendent. En effet, le tribunal n'est pas lié par leur consentement<sup>50</sup>. Cela ne veut pas dire toutefois, qu'il doit ignorer ce qu'elles proposent. Dans les décisions consultées on peut lire par exemple, que malgré les admissions des parties, le tribunal examine les faits avant de conclure à l'état de compromission<sup>51</sup>. Dans certains cas, des recommandations particulières sont ajoutées<sup>52</sup>. Le tribunal a déjà refusé d'entériner une entente entre les parties sur les mesures applicables «[...] avant d'avoir obtenu réponse à certaines questions que soulevait la lecture de l'analyse-évaluation déposée en preuve»<sup>53</sup>.

On peut donc conclure qu'une entente entre les parties ne met pas fin au débat et n'a pas pour effet de dessaisir le tribunal du dossier. Mais le tribunal devrait tenir compte du consentement des parties dans la mesure où ce qui est proposé correspond aux besoins et à l'intérêt de l'enfant.

Compte tenu de ce qui précède, on peut s'interroger sur la pertinence d'utiliser la demande en désistement d'une requête en protection. À notre avis, cette procédure est inapplicable, c'est d'ailleurs ce qui ressort de la décision *Protection de la jeunesse* - 102.

---

49. Claude BOISCLAIR, «L'entente sur les mesures volontaires dans la Loi sur la protection de la jeunesse», (1982) 13 *R.D.U.S.*, 143, 208.

50. *Protection de la jeunesse* - 293, [1988] R.J.Q. 213.

51. T.J. St-François, n° 450-41-000285-79, j. Gilles Thériault (B.J., vol. 1, n° 6, p. 892).

52. T.J. Abitibi, n° 615-41-000018-886, 19 août 1988, j. François Godbout.

53. T.J. Abitibi, n° 615-41-000006-881, 5 juillet 1988, j. François Godbout, p. 2.

«La situation du directeur de la protection de la jeunesse qui dépose une déclaration de protection et saisit le Tribunal de la jeunesse est très différente de celle du demandeur dans une instance ordinaire. Il s'ensuit que, dès le moment où le directeur saisit le Tribunal du cas d'un enfant, en déposant une déclaration de protection, il est dessaisi lui-même à certains égards du cas de cet enfant. Permettre au directeur de la protection de la jeunesse de se désister de sa déclaration de protection, sans autre formalité que celles prévues au *Code de procédure civile*, serait permettre au directeur de la protection de la jeunesse d'empêcher en tout temps le Tribunal de remplir le rôle que lui impose la loi, c'est-à-dire, faire lui-même enquête sur la situation de l'enfant et décider des mesures à prendre si nécessaire»<sup>54</sup>.

Signalons de plus que le tribunal n'est pas autorisé à fermer le dossier s'il est établi que la sécurité ou le développement d'un enfant est compromis. À ce sujet le juge Arsenault nous dit:

«Le volontarisme, la non-motivation et le manque de collaboration des intéressés ne sont pas des notions dont on doit tenir compte une fois que l'intervention sociale épuisée a dû céder sa place au judiciaire. Le Tribunal se doit de voir à ce que le jeune, qui en a grandement besoin reçoive les services sociaux adéquats auxquels il a droit en vertu de la loi»<sup>55</sup>.

En considérant que le tribunal doit procéder lui-même à l'enquête, qu'il est tenu d'intervenir lorsqu'il conclut que l'enfant vit une situation de compromission et que les parties ne peuvent, par l'entente, mettre fin au débat, nous pouvons conclure que la règle de l'indisponibilité du litige s'applique en matière de protection de la jeunesse.

---

54. T.J. Trois-Rivières, n° 400-41-00004-834, 14 juillet 1983 (J.E. 83-827) tiré de J.-F. BOULAIS, *op. cit.*, note 18, p. 148. Les dispositions du *C.p.c.* concernant le désistement (art. 262 à 264, 476) et l'acquiescement à la demande (art. 457 et sui.) ne sont pas énumérées à l'article 85 *L.P.J.*

55. T.J. Kamouraska, n° 250-03-000369 à 372-78, 200-03-000383-78, 250-03-000036-79 et 250-51-000018-79, 2 octobre 1979, j. J. Arsenault (B.J., vol. 1, n° 6, p. 988). Voir aussi: T.J. Chicoutimi, n° 150-03-350-78, 150-03-393-78, 150-03-029 et 031-79, 18 décembre 1979, j. R. Boudreault.

Le caractère public de la *Loi sur la protection de la jeunesse* serait à l'origine de cette règle qui vise à assurer la protection de l'enfant. Nous allons maintenant examiner une autre règle empruntée à la procédure pénale, soit la scission du procès.

### B) La scission du procès

La notion de scission du procès découle principalement de la rédaction des articles 86 et 91 *L.P.J.* En effet, à l'article 91 on peut lire:

«Si le tribunal en vient à la conclusion que la sécurité ou le développement de l'enfant est compromis, il peut [...] ordonner l'exécution de l'une ou de plusieurs des mesures [...]».

L'enquête doit donc se dérouler en deux étapes distinctes. La première permet de vérifier si la sécurité ou le développement de l'enfant est compromis c'est-à-dire si l'enfant a besoin de protection<sup>56</sup>. La deuxième sert à évaluer les besoins de l'enfant en vue de déterminer la ou les mesures les plus susceptibles de corriger la situation de compromission. La seconde est donc conditionnelle à la première<sup>57</sup>. Des dispositions particulières s'appliquent à la deuxième étape<sup>58</sup>. En effet, le tribunal ne peut ordonner une mesure avant d'obtenir une étude sur la situation de l'enfant.

À l'article 86 on peut lire:

«Avant de rendre une décision sur les mesures applicables, le tribunal doit demander au directeur de faire une étude sur la situation sociale de l'enfant.

---

56. Sur la notion de protection voir: T.J. Montréal, n° 500-41-000910-870, 8 avril 1988, j. Nicole Bernier, p. 7.

57. T.J. Montréal, n° 500-41-000288-80.6, 24 octobre 1986, j. J. Lamarche, p. 5 (B.J., vol. 2, n° 1, p. 137); T.J. Québec, n° 200-41-000415 et 416-87, 2 février 1988, j. André Sirois, p. 3.

58. *L.P.J.*, art. 86 à 88.

Le directeur peut à sa discrétion ou doit, si le tribunal le requiert, y joindre une évaluation psychologique ou médicale de l'enfant et des membres de sa famille ou toute autre expertise qui peut être utile.

Comme le mentionne le juge Lamarche:

«Cette division de l'enquête en deux temps apparaît non seulement conforme à la lettre de la loi tel qu'exprimée aux articles 86 et 91 en particulier mais aussi à l'esprit de la L.P.J.: n'intervenir dans les relations parents-enfant que si l'une ou l'autre des situations de l'article 38 a été prouvée à la satisfaction du tribunal»<sup>59</sup>.

À titre comparatif, des théoriciens français parlent d'un régime procédural similaire en matière pénale, qu'ils nomment: «système procédural des théories de la défense sociale»<sup>60</sup>. Sous ce régime, on se préoccupe de bien connaître la personnalité du délinquant pour:

«[...] déterminer la nature de la mesure qu'il faut prononcer et pour assurer à l'intéressé que tout sera fait pour assurer sa réinsertion sociale»<sup>61</sup>.

Cette préoccupation se traduit par la césure du procès en deux phases c'est-à-dire:

«[...] une distinction entre la décision sur la culpabilité du délinquant, et la décision sur le choix de la mesure nécessaire ou, en d'autres termes, entre l'examen de l'infraction et le jugement de la personne»<sup>62</sup>.

- 
59. T.J. Montréal, n° 500-41-000571-81.3, 221 avril 1982, j. Jacques Lamarche, p. 5.  
60. Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel*, 2e éd., Paris, Ve Éditions, Cujas, 1973, p. 157.  
61. *Id.* En France, le droit des mineurs délinquants serait largement inspiré des principes de la défense sociale.  
62. *Id.*, p. 158. Voir aussi: G. COTÉ-HARPER, A. MANGANAS et J. TURGEON, *op. cit.*, note 35, 81.



Cette césure s'expliquerait par une double nécessité. La connaissance de la personnalité en fonction de «[...] critères médicaux, psychologiques et pédagogiques»<sup>63</sup> demande du temps. Le processus pourrait ralentir la marche de la justice: «[...] mieux vaut donc scinder les deux choses, ce qui permettrait de combiner une décision rapide sur la culpabilité avec un examen attentif et prolongé de la personnalité»<sup>64</sup>.

Mais à notre avis, l'argument principal concerne les garanties fondamentales

«[...] peut-on pratiquer des examens de personnalité en cours de procédure sans porter atteinte au principe qu'un inculpé est présumé innocent jusqu'à la condamnation? [...] le procédé de la césure présente l'avantage de bien séparer ce qui est le problème de la culpabilité, et ce qui est question de personnalité: on évite de voir une confusion s'opérer dans l'esprit des juges, dont la décision sur la culpabilité serait peut-être influencée par les résultats de l'examen médical ou psychologique.

Que placer alors dans la première phase du procès pénal? L'examen de la matérialité des faits, leur qualification juridique et la question de leur imputabilité au prévenu: *il s'agirait là d'un procès de type classique avec les caractères procéduraux que lui reconnaît déjà la législation positive*. Dans la seconde phase, devraient entrer l'observation du délinquant, le jugement sur le caractère antisocial, avec la détermination de la mesure la plus opportune, enfin selon certains auteurs, comme Grammatica, l'exécution même de cette mesure, en raison de la possibilité qu'aurait le tribunal d'en réviser à tout moment le contenu»<sup>65</sup>. [nos italiques]

---

63. *Id.*

64. *Id.*

65. *Id.*, pp. 158 et 159, nos italiques. Selon cette théorie, l'enquête concernant l'état de compromission, se déroulerait selon les règles plus classiques du procès. On sait qu'en matière de protection de la jeunesse la procédure se distingue du régime traditionnel de la procédure contradictoire.

Enfin, la scission du procès pourrait être facultative puisque le Tribunal a souvent les éléments nécessaires pour trancher à la fois sur la culpabilité et la sanction<sup>66</sup>.

Cette théorie de la défense sociale a inspiré largement le droit français des mineurs délinquants où l'on a prévu entre autres:

«[...] [la] présence d'un avocat; [la] publicité réduite; [la] possibilité d'exclure le mineur de la salle d'audience; [la] décision motivée inscrite au casier judiciaire, mais communiquée seulement aux magistrats et jamais à des tiers; possibilité d'ordonner l'exécution provisoire de la décision nonobstant l'exercice des voies de recours; enfin révisibilité à tout moment de la mesure ordonnée»<sup>67</sup>.

Évidemment en matière de protection de la jeunesse, il ne s'agit pas de délinquance et de sanction, mais bien de protection et de moyens pour améliorer les relations familiales. À la lumière de ce qui a été dit précédemment, la *Loi sur la protection de la jeunesse* semble avoir retenu plusieurs caractéristiques du système procédural de la défense sociale. Les objectifs apparaissent similaires: vérifier la nécessité de protéger l'enfant à partir d'une preuve de faits matériels et, dans un deuxième temps, procéder à une analyse plus approfondie des personnalités. La deuxième étape vise à identifier les mesures les plus susceptibles de favoriser le maintien de l'enfant dans son milieu, ou à tout le moins lui procurer les meilleures conditions possibles. À cette fin, on a souvent recours à l'expertise<sup>68</sup>.

La première étape, qui sert à l'examen de la matérialité des faits et à leur qualification juridique, se déroule suivant des règles plus classiques du procès, atténuées toutefois par des dispositions particulières de la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Nous allons maintenant examiner les principales règles applicables à l'enquête.

---

66. *Id.*

67. *Id.*, p. 161. On retrouve des dispositions similaires dans la *L.P.J.* Voir les articles 5, 80, 82, 84, 90, 94, 95, 96 et 105.

68. Voir les articles 86, 87, 88 *L.P.J.*

### CHAPITRE 3 LES CARACTÉRISTIQUES DE NATURE MIXTE

Les particularités du débat en protection de la jeunesse proviennent de la diversité de ses sources. Nous venons de voir que le modèle choisi pour le déroulement de l'enquête n'est pas purement civil. En plus de cette caractéristique, le législateur a opté pour un régime mixte de procédure en utilisant d'une part des règles du régime contradictoire et d'autre part des règles du régime inquisitoire. L'instruction se déroule suivant des articles du *Code de procédure civile* et des dispositions de la *Loi sur la protection de la jeunesse*.

Nous allons donc examiner le contenu des articles du *Code de procédure civile* applicables par renvoi en vertu de l'article 85 *L.P.J.* Nous préciserons ensuite à quels éléments du régime contradictoire se rattachent ces dispositions. Nous verrons enfin comment concilier ces règles avec le rôle inquisiteur du tribunal.

#### A) Application d'éléments de nature contradictoire

La majorité des dispositions du *Code de procédure* applicables par renvoi<sup>69</sup>, se retrouvent à la section de l'administration de la preuve. En effet, l'article 85 *L.P.J.* prévoit l'application des articles 2, 14 à 20, 46, 49 à 54, 279 à 300 et 302 à 331 *C.p.c.* L'article 2 concerne la philosophie de base en procédure c'est-à-dire que les règles de procédure sont destinées à faire apparaître le droit et à en assurer la sanction. Les articles 14 et 15 traitent du comportement des personnes qui assistent aux audiences. Aux articles 16 à 18, on y prévoit des règles relatives au serment. Quant aux articles 19, 20, 46, 49 à 54, ils concernent les pouvoirs du tribunal<sup>70</sup>. Il ne reste alors que

69. C'est-à-dire les articles énumérés à l'article 85 *L.P.J.*

70. Rappelons que l'article 19 *C.p.c.* prévoit que le «tribunal a les mêmes pouvoirs que le juge, dans les matières qui sont de la compétence de ce dernier». L'article 20 *C.p.c.* donne la règle à suivre dans les cas où le moyen d'exercer un droit n'a pas été prévu. L'article 46 *C.p.c.* prévoit entre autres, que les tribunaux et les juges ont tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur juridiction. Quant aux articles 49 à 54 *C.p.c.*, ils concernent l'outrage au tribunal.

les articles 279 à 300 et 302 à 331 qui énoncent des règles de l'administration de la preuve.

**1) Application de la procédure normale d'administration de la preuve**

Selon le professeur Ducharme, les règles de l'administration de la preuve sont principalement prévues aux articles 274 à 447 *C.p.c.*<sup>71</sup>. Le professeur Royer classe ces dispositions en deux catégories soit: la procédure normale d'administration de la preuve testimoniale et les exceptions à la procédure normale de l'administration de la preuve testimoniale<sup>72</sup>. Les exceptions se retrouvent aux articles 395 à 447 *C.p.c.*<sup>73</sup>. Ces dispositions:

«[...] autorisent et réglementent des procédures spéciales d'administration de la preuve, soit l'interrogatoire au préalable, la production de documents, l'examen médical, l'interrogatoire des témoins hors de cour, l'interrogatoire sur des faits et articles, l'expertise et le renvoi à des vérificateurs ou praticiens, la commission rogatoire et la conservation de la preuve»<sup>74</sup>.

Ces dispositions ne sont pas mentionnées à l'article 85 *L.P.J.* Il en est de même des articles 274 à 278 *C.p.c.* portant sur l'inscription<sup>75</sup> et des articles 382 à 394 qui concernent l'arbitrage par les avocats. Compte tenu de l'abrogation des articles 332 à 381<sup>76</sup>, on peut conclure, selon la classification du professeur Royer, que les principales règles de la procédure normale

---

71. Léo DUCHARME, *L'administration de la preuve*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur Ltée, 1986, p. 2.

72. Jean-Claude ROYER, *op. cit.*, note 6, n° 502, p. 185 et n° 277, p. 210.

73. *Id.*, p. 210.

74. *Id.*

75. En matière de protection de la jeunesse voir les articles 44 et suiv. des Règles de pratique et de procédure de la Cour du Québec (Chambre de la jeunesse) en matière civile et en matière d'adoption, précitées, note 15.

76. *Loi sur les jurés*, L.Q. 1976, c. 9, art. 56.

d'administration de la preuve s'appliquent en matière de protection de la jeunesse<sup>77</sup>.

Ces dispositions concernent la conférence préparatoire à l'instruction<sup>78</sup>, la marche de l'instruction<sup>79</sup>, l'assignation<sup>80</sup>, l'audition<sup>81</sup> et la prise de dépositions des témoins<sup>82</sup>. Ceci signifie que le rôle traditionnel des parties dans la démonstration de la preuve est en principe maintenu. En effet, il appartient généralement aux plaideurs:

«[...] de rechercher les témoins qui leur sont favorables, de les assigner (art. 280 C.p.c.) de déterminer l'ordre dans lequel ils seront entendus (art. 289 C.p.c.) et de les interroger (art. 306 C.p.c.). Chaque partie peut demander que les témoins déposent hors la présence les uns des autres (art. 294 C.p.c.). Chacune a également le droit par le biais du contre-interrogatoire et même dans certains cas, par une preuve directe, d'attaquer la crédibilité des témoins de la partie adverse (art. 314 C.p.c.)»<sup>83</sup>.

Ces règles laissent croire que le législateur opte ici pour le maintien des principes suivants: la maîtrise de l'instruction par les parties et la neutralité du tribunal, caractéristiques propres au régime contradictoire. Le rôle accordé au tribunal par la *Loi sur la protection de la jeunesse* atténue l'application de ces principes<sup>84</sup> tout en préservant les droits des parties qui découlent du principe de la libre contradiction.

- 
77. Des dispositions de la *Loi sur la protection de la jeunesse* dérogent aux règles usuelles d'administration de la preuve. Elles concernent principalement le témoignage de l'enfant, l'exclusion des parties de l'enceinte du tribunal, le oui-dire et l'interdiction de communiquer des éléments d'un rapport. Voir à cet effet les articles 84, 85.1 à 85.6 et 96 *L.P.J.*
78. *C.p.c.*, art. 279.
79. *C.p.c.*, art. 285 à 292.
80. *C.p.c.*, art. 280 à 284.
81. *C.p.c.*, art. 293 à 300, 302 à 323.
82. *C.p.c.*, art. 324 à 331. L'article 77 *L.P.J.* prévoit aussi des règles concernant la prise des dépositions des témoins.
83. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 71, p. 9, n° 10.
84. Cet aspect de la question sera vu sous le titre «Le rôle inquisiteur du tribunal».

## 2) Application du principe de la libre contradiction

On sait que le principe de la libre contradiction est l'un des éléments fondamentaux du régime contradictoire<sup>85</sup>.

Rappelons qu'il:

«[...] constitue un principe fondamental de la procédure civile; il postule qu'aucun argument et qu'aucune pièce ne peuvent être utilisés pour forger la conviction du juge sans qu'ils aient pu préalablement être soumis à la discussion et à la contradiction.

Ce principe est fondamental parce qu'il fonde une Résistance à la tentation permanente d'un envahissement de pouvoir et d'un détournement de parole. Il signifie à la fois qu'il n'existe pas une Vérité qui serait susceptible d'être monopolisée et que personne ne peut être privé du droit à sa propre Parole»<sup>86</sup>.

Concrètement, le caractère contradictoire signifie, entre autres, que les parties doivent être avisées d'une procédure<sup>87</sup> qu'elles ont le droit d'être présentes à l'enquête<sup>88</sup>, qu'elles ont le droit de contre-interroger: «[...] les témoins produits par la partie adverse ou par une partie ayant des intérêts opposés»<sup>89</sup>. De ce principe découlerait aussi le droit «[...] de soumettre au Tribunal toute preuve pertinente [...]»<sup>90</sup>.

---

85. J. VINCENT et S. GUINCHARD, *op. cit.*, note 43, pp. 406 et ss.

86. Jean-Louis ROCHON, «La place des auxiliaires sociaux et médico-psychologiques dans le processus de solution des conflits relatifs à l'attribution du droit de garde et du droit de visite», dans *L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique social et familial, approche comparative*, Actes des XI<sup>e</sup> Journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1984, p. 871.

87. *C.p.c.*, art. 5.

88. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 71, n° 36, p. 16.

89. *Id.*, n° 37, p. 16.

90. *C.p.c.*, art. 5.

Selon le professeur Ducharme, le caractère contradictoire de la preuve serait fondé, entre autres, sur les articles 5, 278, 294 et 314 *C.p.c.*<sup>91</sup>.

En matière de protection de la jeunesse, les articles 294 et 314 *C.p.c.* s'appliquent<sup>92</sup>. Les articles 5 et 278 *C.p.c.* ne font pas partie de l'énumération prévue à l'article 85 *L.P.J.* mais la loi prévoit des règles similaires. Rappelons que le droit d'être présent à l'enquête découle de l'article 294 *C.p.c.*<sup>93</sup>.

On sait aussi que:

«L'article 314 C.P.C. affirme [...] le caractère contradictoire de la preuve en accordant à toute partie le droit de contre-interroger les témoins produits par la partie adverse ou par une partie ayant des intérêts opposés. Le droit au contre-interrogatoire est un droit fondamental»<sup>94</sup>.

Même si l'article 278 *C.p.c.* ne s'applique pas, la demande en protection doit être signifiée. L'article 76 *L.P.J.* de la loi indique les moyens et les délais de signification<sup>95</sup>.

---

91. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 71, n° 33, p. 15.

92. *L.P.J.*, art. 85.

93. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 71, n° 36, p. 16.

94. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 71, n° 37, p. 16. L'exception à l'interdiction du oui-dire prévue à l'article 85.5 *L.P.J.* peut enfreindre cette règle.

95. L'article 76 est rédigé comme suit:

76. Si elle est faite par une personne autre que l'enfant ou ses parents, la déclaration accompagnée d'un avis de la date fixée pour l'enquête et l'audition doit être signifiée par courrier recommandé ou certifié, au moins dix et pas plus de soixante jours avant l'enquête et l'audition, aux parents, à l'enfant lui-même, s'il est âgé de quatorze ans ou plus, au directeur, à la Commission et aux avocats des parties.

Si la déclaration est faite par un parent ou un enfant, la signification prévue à l'alinéa précédent doit être faite au directeur, à la Commission et aux avocats des parties.

L'expédition de l'avis n'est pas nécessaire lorsque:

a) toutes les parties sont présentes au tribunal et renoncent à l'avis;

b) le tribunal en cas d'urgence, prescrit une façon spéciale d'aviser les intéressés.

Quant au droit d'être entendu, la *L.P.J.* prévoit aussi une disposition particulière. L'article 5 du *Code de procédure civile* prévoit:

«Il ne peut être prononcé sur une demande en justice sans que la partie contre laquelle elle est formée n'ait été entendue ou dûment appelée».

La rédaction de l'article 6 *L.P.J.* est la suivante:

«Les personnes et les tribunaux appelés à prendre des décisions au sujet d'un enfant en vertu de la présente loi doivent donner à cet enfant, à ses parents et à toute personne qui veut intervenir dans l'intérêt de l'enfant, l'occasion d'être entendus».

L'essence de ces dispositions semble similaire. Les différences de formulation pourraient s'expliquer par la nécessité de faire correspondre le texte aux particularités de la *L.P.J.* Par exemple, l'article 6 *L.P.J.* s'adresse au tribunal et à toute personne qui prend une décision concernant un enfant en vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse* ce qui inclut le directeur de la protection de la jeunesse.

Il s'adresse non seulement aux personnes intéressées, mais aussi à tout ceux qui veulent intervenir dans l'intérêt de l'enfant. Rappelons à ce sujet, qu'en vertu de l'article 81 *L.P.J.* une personne peut être entendue par le tribunal, si elle démontre son intérêt pour l'enfant et ce même si elle ne peut justifier aucun intérêt personnel.

Enfin, l'article 6 *L.P.J.* mentionne que les participants *doivent avoir l'occasion d'être entendus*. Cette formulation pourrait se justifier par les règles de procédure en matière d'urgence et provisoire. En vertu de l'article 47 *L.P.J.*, il semble possible que le tribunal puisse en cas d'urgence ordonner l'application de mesures de courte durée sans avoir entendu toutes les parties. De



même, la rédaction de l'article 79 *L.P.J.* permet d'imposer des mesures provisoires malgré l'absence de certaines parties<sup>96</sup>.

Ainsi, même si le législateur a prévu des dérogations<sup>97</sup>, la possibilité de connaître et de discuter les documents et les témoignages et d'assister à l'enquête au fond demeure la règle.

Comme le précise le juge Sirois:

«Il n'y a pas de doute dans l'esprit du Tribunal que nous sommes ici en face d'un débat contradictoire. Plusieurs articles de la *Loi sur la protection de la jeunesse* nous éclairent sur le sujet»<sup>98</sup>.

À certains égards, le principe est plus souple qu'en matière de droit commun. On sait, par exemple, que le défaut de comparaître implique que «[...] la preuve est unilatérale et non contradictoire»<sup>99</sup>. Si une partie omet de produire une défense, le caractère contradictoire subsiste, mais il est atténué<sup>100</sup>. Or en matière de protection de la jeunesse, le droit de participer activement à l'enquête n'est pas soumis aux formalités de la comparution et

96. «La consultation préalable et l'audition des parents ou de l'enfant lors de l'enquête ne sont pas obligatoires pour qu'une ordonnance d'hébergement provisoire soit émise. Toutefois la déclaration (art. 74.1) ou la requête en révision ou prolongation (art. 95), selon le cas, doit avoir été signifiée aux parents qui peuvent alors y être présents, se faire entendre (art. 6) et être assistés d'un procureur». Tiré de: J.-F. BOULAIS, *op. cit.*, note 18, p. 128.

97. On pense, entre autres, à l'exclusion de parties de l'enceinte du tribunal (art. 84 et 85.4 *L.P.J.*), à l'interdiction de communiquer des éléments d'un rapport (art. 85.4 et 96 *L.P.J.*), à l'exception à l'interdiction du oui-dire (art. 85.5 *L.P.J.*) et enfin au caractère sommaire de la déclaration (art. 75 *L.P.J.*).

98. T.J. Kamouraska, n° 250-41-00049 et 50-86, 26 novembre 1986, j. André Sirois, p. 5. Le juge fait référence aux articles 74.1 et 74.2 qui décrivent la façon pour le directeur ou les parents de saisir le tribunal, l'article 76 qui prévoit la signification de la demande et l'avis de la date de l'enquête, l'article 81 qui énonce que le tribunal entend les personnes intéressées et leurs avocats.

99. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 71, n° 43, p. 17.

100. *Id.*, n° 45, p. 18. L'auteur nous dit que la partie a alors le «... droit d'assister à l'enquête et à tout interrogatoire hors de cour et de contre-interroger les témoins. Elle ne peut cependant contester la preuve de la demande en citant elle-même des témoins ou en produisant des documents (art. 195 C.p.c.)».

de la production d'une défense écrite. À titre d'exemple, le tribunal a déjà décidé de mettre une cause hors délibéré pour entendre les parents. Ces derniers étaient présents lors de l'enquête et de l'audition, mais ils avaient omis de manifester leur présence<sup>101</sup>. Par contre, la Cour supérieure a décidé que les parents et l'enfant doivent manifester leur intention d'intervenir. La seule présence dans la salle d'audience ne serait pas une manifestation suffisante de leur intention<sup>102</sup>.

La présence de nombreux intervenants ne change pas non plus le principe.

Une partie appelée à témoigner à la demande d'une autre partie, conserve le droit de présenter une preuve complète sans égard aux sujets discutés lors de son témoignage. C'est du moins l'opinion émise par le juge Sirois:

*«Même si elle [la mère] a témoigné à l'intérieur de la présentation de la preuve de la Direction de la protection de la jeunesse, elle ne fut interrogée qu'en regard des objectifs recherchés par la Direction de la protection de la jeunesse. Cela ne peut constituer aux yeux du tribunal une occasion favorable pour faire entendre entièrement son point de vue et elle ne peut être brimée de ce droit»<sup>103</sup>.*

En fait, en matière de protection de la jeunesse, le législateur met l'accent sur le débat oral. L'enquête devient le moment privilégié pour rechercher la vérité. On favorise un débat contradictoire élargi en autorisant non

---

101. T.J. St-François, n° 450-41-000974-78, 1er octobre 1979, j. Albert Gobeil (B.J., vol. 1, n° 6, p. 901).

102. *Protection de la jeunesse* - 209, [1986] R.J.Q. 1395 (C.S.). Voir aussi: Renée JOYAL, *Précis de droit des jeunes*, tome II, *Les jeunes et la société: Protection de la jeunesse, jeunes contrevenants*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1988, 248 p., p. 156 (note 105).

103. T.J. Kamouraska, n° 250-41-000049 et 50-86, 26 novembre 1986, j. André Sirois, p. 14.

seulement les parties, mais aussi d'autres intervenants à présenter leur point de vue.

«Même s'il y a multiplicité d'interventions, ainsi prolongeant le débat devant le Tribunal, ceci est préférable à l'alternative où il y aurait un danger que les faits pertinents ou des arguments utiles ne soient pas portés à l'attention du Tribunal, et qu'une décision soit prise qui ne respecte pas l'intérêt supérieur de l'enfant»<sup>104</sup>.

Si le législateur retient l'application d'éléments du régime contradictoire, des dispositions spécifiques de la loi dérogent à ces règles ou en atténuent la portée. Nous allons donc examiner les règles concernant le rôle inquisiteur du tribunal.

### **B) Le rôle inquisiteur du tribunal**

On sait que, de façon générale, les juges jouent un rôle accru dans les débats<sup>105</sup>. Ils peuvent, entre autres, interroger un témoin<sup>106</sup>, signaler aux parties des lacunes dans la preuve et la procédure et leur permettre de les combler<sup>107</sup>. Dans les procédures où l'intérêt public est concerné, par exem-

---

104. C.S. Montréal, n° 500-24-0045-848, 23 avril 1985, j. John H. Gomery tiré de T.J. Kamouraska n° 250-41-00049 et 50-86, 26 novembre 1986, j. André Sirois, p. 14.

105. «La jurisprudence et la législation modernes ont substantiellement accru le rôle du juge dans la conduite d'un procès. Les articles 279, 290, 292 et 318 du *Code de procédure civile* expriment des dérogations à la conception traditionnelle du procès contradictoire». J.C. ROYER, *op. cit.*, note 6, n° 572, p. 208. En vertu de l'article 85 *L.P.J.*, les articles 290, 292 et 318 *C.p.c.* s'appliquent à l'enquête en protection.

106. *C.p.c.*, art. 318. Cette disposition est applicable au débat en protection.

107. *C.p.c.*, art. 292. Cette disposition est applicable au débat en protection. Selon le professeur Royer: «[...] la règle de la neutralité et de la passivité du juge n'a jamais été intégralement respectée».

«Les tribunaux ont généralement suivi la théorie interventionniste énoncée par le juge Rinfret. Cette doctrine favorise l'obtention d'une meilleure justice même si elle porte atteinte au système accusatoire et contradictoire du procès. En outre, elle correspond davantage aux idées sociales modernes inspirées d'une conception plus objective du droit

ple en matière familiale, le rôle du tribunal est encore plus marqué. Il a le pouvoir d'assigner des témoins<sup>108</sup> et d'ordonner d'office la production de toute preuve additionnelle<sup>109</sup>. À ce sujet, Me Pilon nous dit que le rôle du juge «[...] en matière familiale devient inquisiteur [...]»<sup>110</sup>.

Il existe une certaine analogie entre le rôle du juge en matière de protection de la jeunesse et celui du juge en matière familiale<sup>111</sup>. L'article 77 *L.P.J.* indique que le Tribunal procède lui-même à toute l'enquête qui donne ouverture à sa décision.

Cette disposition annonce des dérogations importantes à la procédure traditionnelle<sup>112</sup>.

«Le fait que le juge procède lui-même à l'enquête, le place dans une situation sensiblement différente de celle d'un juge normalement appelé à entendre une cause au civil. Ici, il s'agit bien de procéder à l'enquête et non pas d'y présider»<sup>113</sup>.

Cette disposition accorderait au tribunal le pouvoir d'intervenir dans la recherche des éléments de preuve et l'assignation des témoins.

«Aussi, même si le juge d'un tribunal civil peut en vertu du *C.p.c.* poser toutes questions qui lui apparaissent pertinentes au litige (art.

---

laquelle a entraîné une évolution législative destinée à accroître le rôle du juge».

J.C. ROYER, *op. cit.*, note 6, n° 194, p. 73 et n° 196, p. 75.

108. *Id.*, p. 309.

109. *C.p.c.*, art. 815.1.

110. Suzanne PILON, «Le rôle du juge en matière familiale», (1983) 43 *R. du B. Can.* 1160, 1170 et 1171. L'auteur ajoute: «Comme elles l'ont fait pour l'application de l'article 292 *C.p.c.*, les Cours d'appel et suprême devront délimiter ces pouvoirs discrétionnaires accrus que le juge siégeant en matière familiale est maintenant appelé à exercer».

111. *Protection de la jeunesse - 160*, [1985] T.J. 2001.

112. C.S. Drummond, n° 405-24-000167-83, 14 octobre 1983, j. André Biron. Dans une décision, on mentionne que l'article 77 renforce la portée de certaines dispositions du Code. Il signifierait entre autres que le législateur «[...] a voulu exclure qu'un témoignage puisse être reçu par un Protonotaire (art. 287 *C.p.c.*) [...]». T.J. Montréal, n° 500-41-503-86.5, 27 novembre 1986, j. Michèle Rivet, p. 26.

113. T.J. Joliette, n° 705-41-000004-80.2, 7 novembre 1980, j. Albert Gobeil, p. 6.

318 C.p.c.), ce qui est aussi le cas évidemment du juge du Tribunal de la jeunesse, il n'use pas du *pouvoir d'assigner des témoins et de les entendre à partir d'une série de questions dont il aurait lui-même élaboré le plan*. Dans le cas du juge du Tribunal de la jeunesse, ce dernier possède ces pouvoirs et son enquête, tout en étant, répétons-le soumise aux lois de la preuve, est très large en terme d'intervention allant jusqu'à l'assignation de témoins dont le témoignage lui apparaîtrait nécessaire même si les procureurs dans le dossier n'avaient pas jugé bon de les assigner»<sup>114</sup>. [nos italiques]

En vertu de cette théorie, le tribunal posséderait donc le pouvoir d'entendre tous les témoignages opportuns<sup>115</sup>.

«Aux fins de connaître le plus exactement possible la situation d'un enfant et trouver la mesure la plus adéquate le Tribunal doit entendre toutes les personnes qui détiennent des informations pertinentes.

L'ultime but de la loi est que la compromission du développement et de la sécurité de l'enfant cesse. Tout le reste n'est que moyen pour lui assurer la meilleure mesure possible dans son intérêt et le respect de ses droits; intérêt défini de façon de plus en plus précise

114. *Id.* Cet énoncé confirme la nature inquisitoire du rôle du tribunal surtout si on le compare aux propos du professeur Royer concernant le rôle du juge sous le régime contradictoire. J.C. ROYER, *op. cit.*, note 6, n° 191, p. 71 et 73.

Or, on a vu que les formalités exigées pour saisir le tribunal ne permettent pas de délimiter le débat et que lors de l'audition l'étendue du litige sera nécessairement plus large que ce qui est inclus dans la procédure écrite.

Si l'on ajoute à cela l'intervention marquée du tribunal on ne peut que déduire que le processus possède plusieurs caractéristiques de nature inquisitoire.

*Contra*: T.J. Montréal, n° 500-41-01069-76, 4 octobre 1984, j. Jacques Lamarche. Après avoir suggéré fortement au D.P.J. de présenter d'autres témoins, ce qu'il décida de ne pas faire, le tribunal s'exprime comme suit:

«Dans les circonstances, le Tribunal estime s'être déchargé de son devoir en vertu de l'article 77 et toute assignation de témoin par le Tribunal aura pour effet d'engendrer chez les parties un sentiment sinon une conviction de partialité incompatible avec le respect de leurs droits affirmés et reconnus par la *Charte québécoise des droits et libertés* de la personne» (p. 15).

115. T.J. Montréal, n° 500-41-000183-817, 14 décembre 1981, j. Élane Demers.

par les Tribunaux et particulièrement par la Cour suprême du Canada dans ses derniers arrêts»<sup>116</sup>.

Ce pouvoir impliquerait même le droit de passer outre à la décision des procureurs de ne pas faire entendre un témoin.

«Bien que les procureurs n'ont pas manifesté l'intention de faire entendre l'enfant, le tribunal, procédant lui-même à toute l'enquête (art. 77) et devant expliquer au sujet la nature des mesures envisagées et s'efforcer d'obtenir son adhésion (art. 89) a demandé à ce qu'elle soit entendue»<sup>117</sup>.

Il reviendra aussi au tribunal de décider si une personne démontre un intérêt suffisant à l'égard de l'enfant pour intervenir à l'enquête<sup>118</sup>.

Bref, le juge en matière de protection de la jeunesse possède des pouvoirs importants comparativement au juge des cours civiles ordinaires. Le fait de procéder lui-même à l'enquête lui confère un pouvoir:

«[...] de contrôle sur la présentation de la preuve beaucoup plus large que celui généralement reconnu [...] tant en matière civile que pénale [...]»<sup>119</sup>.

- 
116. T.J. Terrebonne, n° 700-41-000133-875, 12 janvier 1988, j. Andrée Ruffo, pp. 10 et 11. Le juge fait référence aux décisions suivantes: *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87, j. W.R. McIntyre; *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173, j. B. Wilson; *Affaire Beson*, Cour suprême du Canada, n° 820041, 23 novembre 1983, j. B. Wilson; *C. (G.) c. V.F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, j. Beetz. Voir aussi: T.J. Montréal, n° 03-001629-782, 16 février 1979, j. B.H. Brown (B.J., vol. 1, n° 1, p. 68) où le juge déclare que le tribunal a le pouvoir d'utiliser tous les documents et toutes les informations nécessaires afin de prendre la meilleure décision.
117. T.J. Beauharnois, n° 760-41-000012-80, 29 juillet 1980, j. Claude Crête, p. 5 (B.J., vol. 2, n° 1, p. 209).
118. *L.P.J.*, art. 81. Cette disposition est reproduite à la note 36.
119. T.J. Montréal, n° 500-41-000288-80.6, 24 octobre 1980, j. Jacques Lamarche, p. 4 (B.J., vol. 2, n° 1, p. 137).

L'avocat ne serait maintenant: «[...] plus maître de sa preuve puisque le juge peut intervenir directement»<sup>120</sup>. Comment alors concilier le rôle prédominant des parties suivant les dispositions du *Code de procédure civile* et le rôle inquisiteur du tribunal en vertu de la *L.P.J.*?

Pour concilier ici le rôle du tribunal et celui des parties, il faut utiliser une approche distincte. Le rôle habituellement réservé aux parties ne leur est plus exclusif, il est partagé avec le tribunal et ceci en vue de réaliser l'objectif de la protection de l'enfant.

En fait comme le mentionne Me Pilon:

«Même si la Cour peut intervenir à tout moment, il n'en reste pas moins que c'est à l'avocat d'abord de préparer sa cause, de présenter les éléments de preuve nécessaires à la prise de décision afin de faire apparaître la vérité»<sup>121</sup>.

Ce procédé permet aussi de comprendre la mention prévue à l'article 85 *L.P.J.* Rappelons qu'après avoir identifié les articles du *Code de procédure civile* applicables en matière de protection de la jeunesse, le législateur

---

120. *Protection de la jeunesse - 160*, précitée, note 111, 2003; voir aussi S. PILON, *loc. cit.*, note 111. C.S. Chicoutimi, n° 150-24-000001-837, 1er juin 1984, j. Pierre Bergeron. Dans cette décision, on peut lire que le tribunal serait jusqu'à un certain point, maître de la procédure en autant qu'il agisse à l'intérieur de sa juridiction et dans le respect des principes de justice naturelle. Sur la nature inquisitoire des pouvoirs du tribunal voir: *Protection de la jeunesse - 160*, [1985] T.J. 2001; T.J. Montréal, n° 500-41-000664-665-85, 27 janvier 1986, j. Elaine Demers, p. 3; *contra*: T.J. Rouyn-Noranda, n° 600-41-000001-868, 11 mai 1987, j. Gilles Gendron, p. 5.

121. S. PILON, *loc. cit.*, note 110, 1171. Même si cette réflexion de Me Pilon concerne le droit familial général, elle décrit bien la situation en matière de protection de la jeunesse. Voir aussi: A. RUFFO, *loc. cit.*, note 20, 422 où l'auteure nous dit: «Il ne s'agit pas évidemment pour celui-ci [le juge] de faire l'interrogatoire des parties à la place des avocats, ce qui risquerait de lui faire perdre son objectivité mais plutôt de poser des questions sur d'autres faits qui pourraient lui sembler pertinents pour défendre l'intérêt et le respect des droits de l'enfant».

précise: «[...] en autant qu'elles ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la présente loi»<sup>122</sup>. S'il existe des dérogations expresses<sup>123</sup>, on peut aussi déduire que les articles de la *Loi sur la protection de la jeunesse* peuvent atténuer la portée de certaines dispositions du *Code de procédure* rendues applicables par renvoi. Dans le cadre de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, le rôle inquisiteur du tribunal atténue la liberté des parties dans l'administration de la preuve.

## CONCLUSION

La procédure applicable devant la Chambre de la jeunesse relève de diverses théories. On reconnaît l'influence des philosophies contradictoire, inquisitoire et de la théorie de la défense sociale.

Du modèle pénal, le législateur a entre autres retenu le procès en deux étapes et l'indisponibilité du litige. En effet, la conciliation et le désistement des procédures sont en principe inapplicables une fois le tribunal saisi du dossier.

En vertu de la théorie de la scission du procès, la première étape sert à montrer, à partir d'une preuve factuelle, s'il existe une situation de compromission pour l'enfant. La deuxième étape est davantage axée sur l'évaluation de la situation de l'enfant en vue de rechercher les mesures qui tiennent compte de ses besoins.

Le rôle des parties et du tribunal s'inspirent de la philosophie inquisitoire. La phase introductive d'instance ne ressemble pas à celle prévue au *Code de procédure civile*. Une procédure sommaire suffit à saisir le tribunal, la défense orale est la règle. Ce procédé ne permet pas de fixer l'étendue du

---

122. *L.P.J.*, art. 85.

123. À titre d'exemple, l'article 294 *C.p.c.* applicable en matière de protection concerne le droit d'une partie d'être présente à l'enquête. Or en vertu des articles 84 et 85.4 *L.P.J.*, le tribunal peut dans certaines circonstances exclure une partie de l'enceinte du tribunal. Toutefois, l'avocat peut demeurer présent.



litige qui est toutefois limité par les dispositions de la loi. L'accent est mis sur la recherche de la vérité. On remarque la présence de nombreux participants et le rôle actif du tribunal. Le juge n'est lié ni par les allégations, ni par les conclusions de la procédure. Il peut interroger et assigner des témoins. Le tribunal rendra son jugement fonction de la preuve, des limites imposées par la loi, des besoins et de l'intérêt de l'enfant.

Du régime contradictoire, le législateur retient principalement les dispositions concernant les pouvoirs généraux du tribunal et les règles de l'administration de la preuve dont le principe de la libre contradiction. Malgré le renvoi au Code, le rôle des parties est atténué par les dispositions de la *Loi sur la protection de la jeunesse* qui accordent un rôle actif au tribunal. Par contre, les parties ont en principe le droit de recevoir une copie de la déclaration et un avis de la date d'audition. Elles ont le droit d'être présentes à l'enquête, d'interroger et de contre-interroger les témoins, de recevoir une copie des rapports et de les contester. Elles peuvent être représentées. Elles ont donc le droit de fournir au tribunal une information pleine et entière.

Quant aux pouvoirs généraux du tribunal, le *Code de procédure civile* lui accorde le pouvoir de régir sa procédure et celui de sanctionner les outrages *in facie*. Ses pouvoirs particuliers sont par ailleurs prévus par la *Loi sur la protection de la jeunesse*.

Il semble donc approprié de qualifier de «mixte» le régime de procédure applicable en matière de protection de la jeunesse. Inquisitoire sous certains aspects, accusatoire sous d'autres, le régime demeure cohérent en regard de ses objectifs.

Une telle situation ne doit pas pour autant nous surprendre. Le professeur Bergel n'a-t-il pas écrit:

«Les variations entre les systèmes processuels, selon les époques et les pays, s'expriment plus par des nuances que des contrastes. Il n'est pas concevable de n'admettre exclusivement, absolument et uniformément qu'une procédure accusatoire ou qu'une procédure inquisitoire. L'une comme l'autre comportent à la fois des avantages et des inconvénients. Les solutions admises dans l'histoire, en droit

comparé et dans les divers contentieux, en droit positif, ne montrent que des dominantes. Le procès se situe toujours au confluent du droit public et du droit privé, de l'intérêt général et des intérêts particuliers. Aucune de ces deux inspirations ne peut être totalement éludée. Mais quand le souci de l'État s'accroît, les pouvoirs du juge se renforcent»<sup>124</sup>.

---

124. J.L. BERGEL, *op. cit.*, note 6, p. 2.

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LES PROBLÈMES DE PREUVE EN DROIT DES ASSURANCES

**Auteur(s) :** Jean-Guy BERGERON

**Revue :** RDUS, 1991-1992, volume 22, numéro 2

**Pages :** 411-443

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/13420>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/13420>

*Page vide laissée intentionnellement.*

# LES PROBLÈMES DE PREUVE EN DROIT DES ASSURANCES\*

par Jean-Guy BERGERON\*\*

*Dans cette étude sur les problèmes de preuve en droit des assurances, l'auteur dégage d'abord les règles applicables: les règles habituelles de preuve ont généralement leur effet, mais les besoins spéciaux du domaine des assurances ont nécessité des exceptions. Puis l'auteur examine les situations les plus névralgiques où se rencontrent les problèmes de preuve. Pour chacune d'elles, il s'intéresse aux éléments à prouver et à la répartition du fardeau de la preuve entre les parties. Ce texte présente un intérêt spécial pour les praticiens du droit quotidiennement confrontés à cette problématique de la preuve.*

---

*In this study relating to the problems of proof in matters of insurance, the writer begins by setting out the pertinent rules. While the ordinary rules of proof generally suffice, special needs encountered in the area of insurance litigation have necessitated the development of a certain number of exceptions. The writer then examines those situations where problems of proof are most acute. In each situation, he describes the substance of what needs to be proven and he examines issues concerning the attribution of the burden of proof between the litigants. This paper will be of particular interest to those in the legal profession who are often confronted by evidentiary problems of this nature.*

---

\*. Nous avons dégagé plusieurs des observations qui suivent de notre ouvrage «Les contrats d'assurance (terrestre), Lignes et entre-lignes», Les Éditions SEM Inc., Sherbrooke, tomes I et II, 1989 et 1992.

\*\* . Avocat et professeur, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

**SOMMAIRE**

<b>1.</b>	<b>Observations générales</b>	415
1.1	Les règles normales de preuve civile	415
1.2	Les règles spéciales de preuve	416
<b>2.</b>	<b>L'acte criminel, la faute intentionnelle, le suicide</b>	417
2.1	Les éléments à prouver	418
2.2	Le fardeau	420
2.3	Le degré de preuve	421
2.4	Impact de certains facteurs sur la preuve	422
<b>3.</b>	<b>La cause des dommages</b>	425
3.1	Les éléments à prouver	425
3.2	La répartition du fardeau de la preuve	426
3.3	L'accès à la preuve	427
<b>4.</b>	<b>Les fausses déclarations</b>	429
4.1	Les éléments à prouver	429
4.1.1	La fausseté de la déclaration ou de l'omission	429
4.1.2	La connaissance de la circonstance par l'as- suré	430
4.1.3	La matérialité	430
4.2	La répartition du fardeau de la preuve	431
<b>5.</b>	<b>L'évaluation des dommages</b>	432
5.1	Généralités	432
5.2	La preuve de la valeur réelle	432
<b>6.</b>	<b>Les manquements aux obligations lors d'une réclamation</b>	434
<b>7.</b>	<b>Le décès</b>	434
7.1	La déclaration judiciaire de décès	435
7.2	La déclaration judiciaire de présomption de décès	436
<b>8.</b>	<b>L'existence de l'invalidité et sa continuité</b>	438
8.1	L'existence de l'invalidité	438

8.2	La continuité de l'incapacité . . . . .	439
8.2.1	Modification dans l'état de l'assuré . . . . .	439
8.2.1.1	L'état actuel de la jurisprudence . . . . .	439
8.2.1.2	Notre point de vue: le fardeau à l'as- suré . . . . .	440
8.2.2	Entrée en jeu d'une nouvelle définition de l'invalidité . . . . .	442
<b>CONCLUSION . . . . .</b>		<b>443</b>

Il n'y a pas de domaine du droit où la preuve ne joue pas un grand rôle. L'assurance n'échappe pas à cette réalité, bien au contraire.

Plusieurs situations d'assurance soulèvent des problèmes de preuve. Les situations les plus névralgiques sont la faute intentionnelle, le suicide, la cause des dommages, la fausse déclaration, l'évaluation des dommages, les obligations après sinistre, l'existence d'un décès et la reconnaissance de l'invalidité.

Nous examinerons chacune de ces situations afin d'exposer les éléments à prouver et la répartition du fardeau de la preuve entre les parties. Parfois, il faudra aussi évaluer le degré de preuve requis.

L'application sans nuance des règles de preuve peut entraîner des résultats désastreux pour l'une ou l'autre partie. Dans notre examen des problèmes de preuve, nous nous préoccupons de rechercher des solutions justes et réalistes.

Commençons notre étude en formulant quelques observations générales sur l'intégration des règles normales de preuve en assurance et sur certaines règles spéciales ayant une portée générale.

## **1. Observations générales**

### **1.1 Les règles normales de preuve civile**

L'assurance est une matière civile et à ce titre, elle obéit aux règles normales de preuve, qu'il s'agisse du degré de preuve exigé, de la répartition du fardeau de la preuve ou des moyens de preuve acceptables.

Ainsi, le degré de preuve exigé est celui de la prépondérance de la preuve et non celui de la preuve hors de tout doute raisonnable, même s'il s'agit de prouver la commission d'un acte criminel. L'article 1203 C.c., répartissant le fardeau de la preuve, s'applique pleinement en matière d'assurance. En vertu de cet article, celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver et celui qui en oppose la nullité ou l'extinction doit justifier les faits sur lesquels est fondée sa contestation. Cette disposition impose donc, entre autres, à l'assuré de prouver la garantie, à l'assureur de



prouver l'exclusion. Dans cette perspective nous verrons quand se termine l'obligation de l'un et commence celle de l'autre.

Quant aux dispositions régissant les moyens de preuve, elles sont généralement applicables. Certaines règles spéciales de preuve modifient la disponibilité de ces moyens.

## 1.2 Les règles spéciales de preuve

Les dispositions sur les assurances contiennent des règles spéciales de preuve. L'assureur ne peut prouver les *conditions* ou les *déclarations* qui ne sont pas énoncées par écrit dans le contrat, puisqu'il ne peut les invoquer si elles ne revêtent pas cette forme<sup>1</sup>. L'une des conséquences de cette disposition est d'écarter toute sanction en cas de déclaration inexacte qui n'aurait pas été intégrée par écrit dans le contrat. L'effet de cette disposition n'est pas de transformer la déclaration en réticence, mais d'empêcher absolument l'assureur de l'invoquer. L'assureur ne peut prétendre que la déclaration est réputée ne pas avoir été faite et ainsi être en présence d'une réticence<sup>2</sup>.

Cette nécessité d'un écrit ne concerne que l'une des parties, soit l'assureur. L'assuré, lui, continue de profiter des règles générales de preuve.

Même si l'assureur peut prouver la déclaration ou la condition parce qu'elle est écrite, il pourra bien être incapable de l'opposer à l'assuré. Ainsi, le caractère spécifique<sup>3</sup> ou exprès ou limité<sup>4</sup> d'une exclusion doit parfois être prouvé et il appartient à l'assureur de le faire. Si l'assuré prouve une divergence entre la police et la proposition, la proposition fera foi du contrat, laissant la clause divergente inopposable à l'assuré<sup>5</sup>. L'avenant réducteur des obligations de l'assureur n'a aucun effet à moins qu'il ne prouve avoir obtenu le consentement écrit de l'assuré pour son émission<sup>6</sup>.

---

1. Art. 2482 C.c.

2. Il y a réticence lorsqu'on ne dévoile pas ce qui est, quand on retient une information par opposition à une fausse déclaration où on dit le contraire de ce qui est.

3. L'exclusion de garantie en cas de violation des lois ou des règlements (art. 2481 C.c.).

4. Toute exclusion de garantie en assurance de dommages est assujettie à cette preuve (art. 2563 al. 1 C.c.).

5. Art. 2478 al. 2 C.c.

6. Art. 2482 al. 2 C.c.

Dans les dispositions sur les assurances, on observe aussi des exceptions à l'article 1234 C.c., en vertu duquel une partie ne peut contredire un écrit valablement fait si ce n'est par un autre écrit.

Au préalable, il faut préciser qu'interpréter un contrat n'est pas contredire un écrit, mais plutôt l'expliquer, lui donner son sens<sup>7</sup>.

La première exception est indirecte. Elle résulte du caractère impératif de certaines<sup>8</sup> dispositions du *Code civil*. Le respect de ces dispositions impératives du *Code civil* peut rendre inopérante la disposition de l'article 1234 C.c. qui autrement pourrait s'appliquer. Ainsi, en cas de divergence avec la police, la priorité doit être donnée à la proposition même si elle est verbale.

Une exception directe existe dans le cadre des déclarations du risque. En vertu de l'article 2491 C.c., il est permis de faire la preuve testimoniale de la déclaration exacte faite par l'assuré, même si elle est contraire à celle écrite, pourvu qu'elle ait été inscrite par le représentant de l'assureur ou par tout courtier d'assurance. Si l'assuré ou toute autre personne intéressée<sup>9</sup> prouve ainsi la déclaration exacte et si cette déclaration n'est pas fausse, il n'y aura pas de sanction, même si la déclaration inscrite était fausse. On ne présume donc pas que la personne signataire de la proposition accepte son contenu et en est responsable comme c'est habituellement le cas pour le signataire d'un document.

Examinons maintenant les situations d'assurance particulières où les questions de preuve revêtent une grande importance.

## 2. L'acte criminel, la faute intentionnelle, le suicide

Nous regroupons l'acte criminel, la faute intentionnelle et le suicide, en raison de deux caractéristiques communes: ce sont des actes d'une gravité

---

7. Voir, entre autres: *Guardian c. Victoria Tire Sales* [1979] 2 R.C.S. 849, 869 et 870; *Richer c. Mutuelle du Canada (La), Cie d'assurance sur la vie*, [1987] R.J.Q. 1703, 1705 (C.A.Q.).

8. La plupart des dispositions du *Code civil* relatives aux assurances sont déclarées impératives par l'article 2500 C.c.

9. Par exemple le bénéficiaire dans le cas d'assurance-vie.

certaine et leur reconnaissance repose à la fois sur la preuve de deux éléments dont l'un est objectif, la commission de l'acte, et l'autre subjectif, l'intention de commettre cet acte.

## 2.1 Les éléments à prouver

Dans tous ces cas d'exclusion, l'assureur doit prouver que l'intention a porté non seulement sur l'acte posé, mais aussi sur son résultat. Une des conséquences de cette exigence est que ces actes doivent être la cause du sinistre, sauf une convention au contraire où on formulerait l'exclusion en utilisant une expression équivalente à celle de *à l'occasion de...*

En principe, il faut aussi prouver les autres éléments constitutifs de l'acte reproché. Cependant, l'usage d'un concept de droit criminel ne signifie pas automatiquement qu'il est entendu dans son sens technique et étroit, tel que défini par le *Code criminel*, dans le contrat d'assurance. Comme tout autre terme, il faut l'interpréter selon le sens courant afin de respecter les règles normales d'interprétation.

On a déjà pensé qu'un terme technique utilisé dans un contrat d'assurance s'y retrouve avec son sens technique, sauf preuve au contraire<sup>10</sup>. On peut lire dans l'affaire *Debenhams*:

«The term "embezzlement" in this policy meant the same thing as it meant in an indictment. There was no reason for giving it any the less strict meaning in the policy by which the plaintiffs were insured than if direct charge was being made»<sup>11</sup>.

Ce point de vue ne s'est pas imposé. Par exemple dans l'affaire *Nishina* on lit les propos du juge Denning:

«The word "theft" is not used here in the strict sense of the criminal law. It does not bring in all the eccentricities of the law of larceny.

---

10. Par exemple, dans le cas où le contrat d'assurance définit différemment le terme.

11. *Debenhams Ltd. v. Excess Insurance Co.*, (1912) 28 T.L.R. 505. Voir aussi sur le terme riot: *London and Lancashire Fire Insurance Co. Ltd. v. Bolands*, [1924] A.C. 836.

It means only what an ordinary commercial man would consider to be theft»<sup>12</sup>.

Aux États-Unis, on se réfère également au sens commun pour définir ces mots. Confirmant la décision du juge de district, la Cour d'appel de New York écrit ceci:

«The meaning of "riot" that the District Court determined was intended by these parties is its popular and usual meaning [...] Under this formula, a riot occurs when some multitude<sup>13</sup> of individuals gathers and creates a tumult. A substantial weight of authority supports this formulation. It is the definition of riot that most accords to common sense. It is unlikely that these parties expected their dealings to be governed by an artificial and technical definition of riot»<sup>14</sup>.

La Cour d'appel de l'Ontario reconnaît aussi la nécessité de ne pas donner leur sens technique aux termes définis dans le *Code criminel*:

«I am further of opinion that upon the true construction of a policy such as this the word "theft" is not used in its narrow and technical sense...»<sup>15</sup>.

L'affaire *McElhiney* n'a pas changé cette approche. Face à une épouse qui déguerpit avec les biens du mari, la Cour décide qu'il n'y a pas eu vol, car elle n'a pas commis un acte de malhonnêteté, croyant légitimement pouvoir le faire afin d'assurer le paiement de ce qui lui était dû. La Cour n'ignore pas le droit pénal, mais y réfère jusqu'à la limite de ce qui est accepté comme

- 
12. *Nishina Trading Co., Ltd. v. Chiyoda Fire and Marine Insurance Co.*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 293, 298 (C.A.); voir aussi: *Pawle v. Bussell* (1916) 85 L.J.K.B. 1191.
  13. Donc plus que le nombre minimal de trois exigé par le *Code criminel*.
  14. *Pan American World Airways Inc. v. Aetna Casualty & Surety Co.*, [1975] 1 Lloyd's Rep. 77, 99 (U.S.C.A.). Jugement de la Cour de district rapporté dans les [1974] 1 Lloyd's Rep. 207.
  15. *Boyle v. Yorkshire Ins. Co. Ltd.*, (1925) 56 O.L.R. 564, 566 (Ont. C.A.).

étant un vol selon le sens commun: même le sens courant exige une idée de malhonnêteté pour qu'un acte prenne la couleur du vol<sup>16</sup>.

Évidemment, le contrat peut faire appel au sens technique des lois comme par exemple au sens particulier du *Code criminel*. Ainsi, l'exclusion d'une garantie, au cas où le sinistre se produit à l'occasion de la commission d'un acte criminel, renvoie au droit pénal comme tel. Sauf pour le fardeau de la preuve qui devient un fardeau de prépondérance de preuve, l'assureur devra prouver tous les éléments de l'acte criminel reproché.

## 2.2 Le fardeau

Il appartient à l'assureur de prouver ces *exclusions*, comme tout autre exclusion.

Même dans le cadre d'une assurance-accident, il appartient à l'assureur de prouver le suicide<sup>17</sup>. Il appartient au bénéficiaire de prouver l'accident, c'est-à-dire les éléments matériels et à l'assureur d'en prouver le caractère ou la nature, à savoir l'élément intentionnel<sup>18</sup>.

Une telle répartition du fardeau de la preuve s'intègre tout naturellement à la présomption de volonté de conserver sa vie: elle n'en constitue pas un renversement. C'est simplement la reconnaissance que l'assuré a assumé le sien. La preuve de l'élément *non intentionnel* qu'on pourrait vouloir lui imposer est supporté, *prima facie* tout au moins, par la présomption de la volonté de conserver la vie.

- 
16. *McElhiney v. Wawanesa Mutual Insurance Company*, [1982] I.L.R. 1-1476, 5631 (Ont. C.A.). Voir la note de M. WASIK sur cette décision «Property Law – Insurance – Criminal Law – Theft – Claim of Right and Property Insurance» (1982) 60 *R. du B.can.* 749: l'auteur voit dans cette décision un moyen terme entre l'approche technique et l'approche selon le sens courant des mots.
  17. On pourrait penser que l'assuré qui a le fardeau de prouver la garantie, donc que le décès est accidentel, doit aussi prouver l'absence d'intention.
  18. *Beauchamp c. Metropolitan Life Assurance Co.*, [1945] B.R. 180, 188. Voir notre tome II, p. 78 et suiv.

### 2.3 Le degré de preuve

Tous ces cas d'exclusion sont des cas très graves. Ils restent néanmoins assujettis à la règle de prépondérance de la preuve, comme toute matière civile. Nous étions habitués à comprendre que le degré de cette prépondérance variait selon la gravité de l'acte. Une décision récente de la Cour d'appel situe cette variable du degré de probabilité: on doit la retrouver dans les faits, dans les allégations à prouver et non dans l'appréciation de l'ensemble de la preuve. Elle concerne l'évaluation de la qualité de la preuve à l'intérieur de l'opération de la détermination de la prépondérance des probabilités. Il n'y a pas de critère intermédiaire entre celui du droit criminel et celui du droit civil. En d'autres mots, il n'y a pas un critère de *forte balance de probabilités*. La prépondérance elle-même est une conclusion et ne souffre pas de variable: elle existe ou n'existe pas<sup>19</sup>.

La preuve de soupçons, même s'ils sont très importants, ne permet pas d'atteindre le standard de prépondérance requis:

«Under all the circumstances I have a high suspicion that Lautner committed suicide, causing his death intentionally and deliberately. However, having in mind the burden set forth above, I am not satisfied that Cumis has established more than this high degree of suspicion. Accordingly, the defence of suicide fails»<sup>20</sup>.

Parlant de la règle de prépondérance pour établir la causalité, la Cour suprême du Canada nous rappelle que les certitudes «raisonnables» requises en droit exigent seulement une probabilité égale à 51 %<sup>21</sup>.

Nous osons avancer que, dans un contexte de présomptions de bonne conduite ou de volonté de conserver la vie, la preuve contraire devrait être prépondérante au moins à 52 %. En effet, la présomption permet d'atteindre le standard de prépondérance, soit une probabilité d'au moins 51 %. La preuve contraire qui l'égale n'est donc pas prépondérante.

---

19. *American Home Assurance Co. c. Auberge des Pins Inc.*, [1990] R.R.A. 152 (C.A.Q.).

20. *Lautner v. Cumis Life Insurance Co.*, [1992] I.L.R. 1-2791, 1640, 1643 (Alb. Q.B.).

21. *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, 330.

Tout au moins, une simple preuve *prima facie* contraire à ces présomptions ne devrait pas déplacer le fardeau de la preuve vers l'autre partie.

À cet égard, nous pensons devoir les distinguer de la présomption de santé d'esprit acceptée pour la fin de validité d'un contrat ou d'un testament. On reconnaît alors qu'une preuve *prima facie* d'insanité reporte le fardeau de preuve sur les épaules de celui qui soutient la validité de l'acte<sup>22</sup>. On peut comprendre ce raisonnement car, il appartient à la partie qui invoque la validité d'un acte de la prouver. On peut se fier à la présomption de normalité sauf si un doute sérieux existe. Alors, la partie doit expressément assumer la preuve qui lui incombe. En somme, la présomption de normalité a déplacé le fardeau de la preuve vers l'autre partie et la preuve *prima facie* l'a replacé sur la partie qui en est initialement chargée.

Quant aux présomptions que nous évoquons, à savoir celle de bonne conduite et celle de volonté de conserver la vie, elles ne jouent pas le même rôle que la présomption de santé d'esprit, étant dans un autre contexte, soit celui d'exclusions de garantie en assurance. Prenons le cas de la présomption de volonté de conserver la vie face à un suicide. La présomption appuie la preuve d'un décès: le fardeau du bénéficiaire est alors complètement assumé. Si l'assureur n'assume pas complètement le sien, soit celui de prouver le suicide, selon le critère de la prépondérance de la preuve, l'autre partie doit l'emporter. Une simple preuve *prima facie* de suicide ne peut déplacer le fardeau de la preuve de l'exclusion du suicide vers le bénéficiaire qui n'a jamais eu ce fardeau.

#### 2.4 Impact de certains facteurs sur la preuve<sup>23</sup>

La preuve de l'élément intentionnel de ces exclusions n'est pas facile à faire. Elle amène à considérer certains facteurs, tels les motifs de l'acte, l'occasion de commettre l'acte et une appréciation qualifiée de la crédibilité des témoins.

---

22. Voir: Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1987, n° 159, et autorités citées à la note 14.

23. *Fotinos v. Pitts Insurance Company*, [1981] I.L.R. 1-1377, 5238 (Ont. S.C.); *Ménard v. Wawanese Mutual Insurance Company*, (1988) 32 C.C.L.I. 242 (Sask. Q.B.).

a) *Les motifs*

À l'occasion d'une preuve de suicide, la Cour suprême du Canada nous indique que les motifs n'ont pas une grande valeur probante, sauf s'ils sont assortis à d'autres preuves extrinsèques<sup>24</sup>. À l'inverse, elle nous a précisé que la preuve d'absence de motifs chez l'assuré peut être un facteur décisif au soutien du caractère accidentel du décès, malgré l'accablante méthode de destruction utilisée par l'assuré<sup>25</sup>:

«In my opinion, the majority of the judges in the Courts below concluded that although the method of Chase's death made it improbable that he shot himself accidentally, the story of his life made it even more improbable that he committed suicide»<sup>26</sup>.

Ainsi, pour pouvoir admettre l'existence d'un motif, il faut qu'il ait une certaine rationalité<sup>27</sup>.

b) *L'occasion*

Pour pouvoir rendre une personne responsable d'un acte, il faut qu'elle ait eu l'occasion (*opportunity*) de le poser. Toutefois, plusieurs personnes peuvent avoir cette occasion et ils ne peuvent pas pour autant être tous automatiquement responsables. Aussi, seule une occasion qualifiée peut être sérieusement considérée. L'occasion, à moins d'être exclusive, n'a pas de force probante significative:

- 
24. *New York Life Insurance v. Schlitt*, [1945] R.C.S. 289, 301; *Smith v. Royal Insurance Company Ltd.*, [1983] I.L.R. 1-1651, 6332 (Alb. C.A.), dans un cas d'incendiat. On y voit d'ailleurs que les motifs n'ont pas plus de valeur probante dans le cas où l'identité du responsable est en cause que dans le cas où c'est plutôt la qualité de l'acte qui l'est.
25. Il est décédé en se logeant une balle dans la tête.
26. *London Life Insurance Company v. Chase*, [1963] R.C.S. 207, 212, [1963] I.L.R. 1-094, 429, 431. Voir aussi: *Croteau c. London Life*, [1979] C.A. 516, 520; *Thompson c. La Prévoyance, Cie d'assurance*, [1976] C.A. 453, 456.
27. *Karadimas v. Gibraltar General Insurance Company*, [1978] I.L.R. 1-944, 922, 924 et 925: l'appât du gain n'existant pas, on tente de prouver l'intention de se venger.



«Opportunity is the *sine qua non* of crime, but it is not evidence of commission of the criminal act, unless as said in *Ferianz (infra)* it is *exclusive opportunity*»<sup>28</sup>.

c) *La crédibilité*

La tâche d'apprécier un témoignage est très délicate et difficile.

Le juge ne doit pas perdre de vue qu'il faut qu'une faute intentionnelle, assortie de la volonté de réaliser la perte, soit prouvée. Cet aspect subjectif de la preuve ne facilite pas le choix entre le vrai et le faux.

Le juge doit prendre garde d'accepter la vérité comme un tout et d'admettre que tout le témoignage s'écroule, en présence d'une affirmation importante et erronée:

«Il est bien sûr que lorsqu'on démontre qu'une affirmation importante d'un témoin est erronée, sa crédibilité en souffre sérieusement mais, de là à conclure que tout son témoignage est à rejeter et que l'on est en présence d'un criminel coupable de parjure et d'incendiat, il y a tout de même une marge»<sup>29</sup>.

Il est vrai que l'affirmation erronée résultait d'une méprise de la part de l'assuré. Mais cet énoncé de la Cour suprême nous paraît pouvoir s'appliquer même dans le cas d'un parjure. Pensons à l'assuré qui, avant l'incendie, a menti à ses créanciers sur l'état de ses finances. Si lors du procès contre l'assureur-incendie, il nie ce mensonge antérieur, cela n'en fait pas pour autant un incendiaire: son parjure peut autant s'expliquer par le fait qu'il voulait éviter l'embarras de reconnaître qu'il avait menti à ses créanciers que par celui d'admettre qu'il avait une bonne raison de mettre le feu<sup>30</sup>.

La tentative par l'assuré de tromper la Cour peut permettre d'inférer une reconnaissance de sa culpabilité, en raison de circonstances particulières. Mais le simple fait de refuser de croire le témoignage de l'assuré qui affirme ne pas avoir mis le feu ne prouve pas qu'il l'a mis.

---

28. *Smith v. Royal Insurance Company Ltd.*, précité, note 24, 6332; *Klassen v. Zurich Insurance Company*, (1984) 5 C.C.L.I. 117, 125 et 126 (B.C.S.C.).

29. *Maryland Casualty Co. c. Roy Fourrures Inc.*, [1974] R.C.S. 52, 57 (Qué.).

30. *Smith v. Royal Insurance Company Ltd.*, précité, note 24, 6334.

«I pause to observe that disbelief of the appellant's denial that he set the fire, did not prove the opposite. It simply removed the appellant's denial as a barrier to a finding that he set the fire, if there was other evidence sufficient to prove on a balance of probabilities that he had set it»<sup>31</sup>.

Dans cette affaire, le juge de première instance n'a pas cru le témoignage de l'assuré et a refusé sa réclamation contre l'assureur. La Cour d'appel a cassé ce jugement, car il était improbable qu'il ait participé à l'incendie: ses biens étaient sous-assurés et il n'était pas en mauvaise situation financière. Bref, il n'avait *aucun* motif de mettre le feu.

Par ailleurs, si le juge croit le témoignage de l'assuré affirmant qu'il n'a pas participé à l'incendie, il nous semble que cette croyance, allant dans le sens de la présomption de bonne conduite, permettra à l'assuré de surmonter une preuve par ailleurs accablante.

Enfin, signalons que la menace de poser un acte peut servir à prouver l'intention de poser cet acte et reste donc pertinente à la preuve de la commission de l'acte. Encore faut-il toutefois qu'elle puisse être prise au sérieux et qu'elle soit vraisemblable. Il est improbable qu'une personne ayant une intention sérieuse de brûler sa maison l'annonce à l'agent d'assurances qui assure sa maison<sup>32</sup>.

### 3. La cause des dommages

Le problème de la cause se présente en assurance tant pour l'application de la garantie que pour celle d'une exclusion. Plusieurs événements peuvent se produire de façon concomitante ou séquentielle.

#### 3.1 Les éléments à prouver

Il faut prouver le caractère *immédiat, dominant* d'une cause. Cette cause qui domine les autres contrôle les causes intermédiaires qui deviennent sans signification au plan de l'assurance: seule une cause nouvelle dominante

---

31. *Karadimas v. Gibraltar General Insurance Company*, précité, note 27, 924.

32. *Ibid.*

peut interrompre la marche d'une cause antérieure dominante. La Cour suprême du Canada n'a pas écarté cette application de la *cause immédiate* mais nous a rappelé qu'il fallait d'abord la rattacher à la compréhension normale des gens plutôt qu'à de pures et fines considérations métaphysiques<sup>33</sup>.

Pour les exclusions, il faut parfois prouver d'autres caractères: le caractère non général d'une exclusion<sup>34</sup>, son caractère exprès et limité<sup>35</sup>, le caractère préexistant d'une maladie, en un mot tous les éléments de compatibilité avec la loi.

### 3.2 La répartition du fardeau de la preuve

La grande règle générale, déjà soulignée, est que l'assuré<sup>36</sup> doit prouver la couverture et l'assureur la ou les exclusions.

En ce qui a trait à la cause, il appartient donc à l'assuré de prouver que le risque couvert est la cause du dommage. Toutefois, il ne lui est nécessaire que d'apporter une preuve *prima facie* de cette cause couverte. Il n'a pas à établir que c'est l'unique cause. Il appartient à l'assureur de prouver qu'une autre cause non incluse ou expressément exclue est la cause dominante ou est une nouvelle cause dominante:

«The onus of proving that the loss was caused by a peril insured against lies upon the assured. He is not, however, required to prove the cause of the loss conclusively; all that he need do is to establish a *prima facie* case.

When he has done this, the onus shifts to the insurers to show that the loss was not caused by a peril insured against, and unless they

---

33. *C.C.R. Fishing Ltd. c. British Reserve Insurance Co.*, [1990] 1 R.C.S. 814, 823 et 824. Dans cette affaire, la Cour Suprême eut à choisir entre plusieurs causes dont l'une exclue nommément. La Cour nous paraît moins préoccupée de donner priorité à la cause exclue comme cela semblait être le cas auparavant.

34. Art. 2481 C.c.

35. Art. 2563 al. 2 C.c.

36. L'assuré ou les autres bénéficiaires du contrat.

prove this conclusively, they have not discharged the onus cast upon them»<sup>37</sup>.

Il serait contraire aux principes de notre droit d'imposer à un assuré le fardeau de prouver l'inexistence d'une multitude de causes d'exclusion. La tâche serait souvent impossible<sup>38</sup>. Remarquons que le fardeau de preuve n'est pas statique. Si l'assureur renverse cette preuve *prima facie*, selon les règles de la prépondérance de la preuve<sup>39</sup>, l'assuré doit fournir une explication lui permettant de surmonter cette preuve.

Il appartient à l'assureur de prouver non seulement l'exclusion mais aussi tous les caractères essentiels pour qu'elle soit compatible avec la loi.

### 3.3 L'accès à la preuve

Une décision de la Cour suprême du Canada, *Frenette c. Métropolitaine (La), Cie d'assurance-vie*<sup>40</sup> vient de lever certains obstacles que l'assureur devait surmonter dans sa recherche de la cause du sinistre en assurance de personnes.

Dans cette affaire, le bénéficiaire réclame une indemnité additionnelle pour mort accidentelle. L'assureur prétend que la noyade est le résultat d'un

- 
37. A.W. Baker WELFORD, *The Law Relating to Accident Insurance, Including Insurance against Personal Accidents, Accidents to Property and Liability for Accidents*, 2<sup>e</sup> éd., London, Butterworth, 1932, p. 188; repris par *Little c. London and Lancashire Guarantee and Accident Co. of Canada*, [1941] 79 C.S. 97; repris aussi par le juge Bissonnette (dissident) dans *Commercial Travelers Mutual Accident Assurance of America c. Marks*, [1956] B. R. 339: la Cour suprême du Canada a cassé l'arrêt de la Cour d'appel et confirmé l'opinion du juge Bissonnette (voir le jugement rapporté dans les [1956] 4 D.L.R. 113, 119); voir aussi: E.R. Hardy IVAMY, *Fire and Motor Insurance*, 2<sup>e</sup> éd., London, Butterworth, 1973, p. 155 et 156 et Robert MERKIN, *Colinvaux's Law of Insurance*, 6<sup>e</sup> éd., London, Sweet & Maxwell, 1990, no. 4-43, p. 94 et 95.
38. *Id.*; E.R.H. IVAMY, *op. cit.*, note 37, p. 156 ce fardeau de la preuve peut être mis conventionnellement à la charge de l'assuré. Nous ne pouvons facilement partager ce point de vue susceptible de commander une mission impossible à l'assuré. Du moins, faut-il être très circonspect dans la méthode employée et dans le niveau de preuve alors exigé de l'assuré.
39. Qui doit tenir compte de la gravité de l'acte en cause, comme il a été dit lors de l'étude de l'acte criminel, de la faute intentionnelle et du suicide.
40. *Frenette c. Métropolitaine (La), Cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647.

suicide. Dans le contrat d'assurance, on retrouve une clause par laquelle l'assuré permet à l'assureur d'avoir accès à ses dossiers médicaux «aux fins d'appréciation des risques et d'étude des sinistres».

La Cour réaffirme que la recherche de l'intention des parties est la règle cardinale en matière d'interprétation des contrats. Dans la recherche de cette intention, on doit particulièrement examiner les *termes* utilisés par les parties, le *contexte* dans lequel ils sont utilisés et, enfin, le *but* poursuivi par les parties en utilisant ces termes<sup>41</sup>.

Aux yeux de la Cour suprême, la clause constitue une renonciation au bénéfice du secret professionnel pour l'enquête initiale requise afin d'établir le contrat d'assurance et pour l'enquête qui s'avère nécessaire afin d'examiner la réclamation: le terme *risque* concerne la première et le terme *sinistre* la seconde.

La clause ne portant aucune autre restriction, elle donne accès aux dossiers complets pourvu qu'ils soient nécessaires aux fins mentionnées dans l'autorisation.

La Cour suprême reconnaît que le droit à la vie privée doit se réconcilier avec le droit à la justice. Le droit à la confidentialité est relatif et on peut y renoncer par une clause précise comme celle dans la présente affaire. Bien plus, la Cour reconnaît maintenant que la réclamation d'une prestation d'assurance de personnes constitue une renonciation implicite au droit à la confidentialité<sup>42</sup> quand, comme dans l'espèce, la cause du sinistre est au coeur du débat et que le dossier médical peut servir à l'établir.

La procédure utile pour obtenir le dossier en cas de refus relève de l'article 402 C.p.c.

---

41. *Id.*, p. 667.

42. En assurance-vie, on répond au problème de la nature personnelle du droit à la confidentialité en disant que la renonciation est réputée faite au moment de la formation du contrat et en la considérant comme l'une des obligations implicites de celui-ci: *id.*, p. 684-685.

La Cour ne permet pas tout. L'accès est tributaire de l'étendue de la renonciation expresse ou implicite. Le bénéficiaire de la renonciation ne doit pas disposer d'autres moyens de faire la preuve du sinistre. Cela ne doit pas être l'occasion d'un interrogatoire à l'aveuglette: ici, la Cour donne accès à tout le dossier, parce qu'il est circonscrit dans le temps, étant limité à l'année antérieure au décès de l'assuré. Dans ce contexte de la désapprobation de *l'expédition de pêche*, il nous semble que des indices, soulevant un doute sérieux sur la nature du décès, doivent exister pour justifier l'accès au dossier:

«La nature de la réclamation met en question toute une série d'événements qui peuvent avoir entraîné la cause suspecte du décès de l'assuré et fait des dossiers médicaux un élément crucial pour trancher la question en litige»<sup>43</sup>.

#### 4. Les fausses déclarations

##### 4.1 Les éléments à prouver

Pour obtenir une sanction, l'assureur doit prouver plusieurs éléments, soit la fausseté de la déclaration ou de l'omission, la connaissance de la circonstance en cause par l'assuré et l'importance de cette circonstance c'est-à-dire sa matérialité.

##### 4.1.1 La fausseté de la déclaration ou de l'omission

La fausseté de la déclaration ou de l'omission ne se mesure pas exclusivement en comparant la déclaration et la réalité<sup>44</sup>. Elle s'apprécie surtout en mettant en rapport la déclaration et les circonstances que l'assureur demande de déclarer, à l'aide d'un questionnaire, par exemple. Quand un questionnaire existe, tous admettent que son interprétation se fait selon la compréhension raisonnable de l'assuré. Le document étant rédigé par l'assureur, on ne peut reprocher à l'assuré une fausse déclaration quand sa réponse est conforme à cette compréhension<sup>45</sup>. Peu importe qu'on prouve la matérialité

43. *Id.*, p. 687.

44. Il faut, à cet égard, tenir compte de la correction possible de la déclaration écrite par le représentant de l'assureur et ce en vertu de l'article 2491 C.c.

45. Voir notre tome II, *op. cit.*, note \*, p. 249 et suiv.; voir aussi: *Great-West Life Assurance Co. c. Paris*, [1959] B.R. 349.

lité des circonstances non déclarées. Dans la mesure où il n'y a pas de fausseté, il n'y a pas de sanction.

#### 4.1.2 La connaissance de la circonstance par l'assuré

L'assureur doit prouver une connaissance concrète chez l'assuré. Du simple fait qu'un diagnostic ou une note soit porté à son dossier médical, il ne faut pas inférer la connaissance du proposant<sup>46</sup>. La preuve de cette connaissance concrète peut se faire par tous moyens et reposer tout simplement sur une preuve circonstancielle. Il suffit que le standard de la prépondérance soit respecté.

#### 4.1.3 La matérialité

Il appartient à l'assureur de prouver l'importance de la circonstance, soit sa matérialité. La preuve d'une simple pratique de l'assureur, fut-elle généralisée, n'est pas suffisante pour attester cette matérialité. Ce n'est pas à l'assuré de prouver le caractère déraisonnable d'une pratique de l'assureur en cause<sup>47</sup>.

La matérialité est une question mixte de droit et de fait<sup>48</sup>.

La preuve des circonstances pouvant justifier une conclusion de matérialité est une question de fait. Toutefois, la conclusion légale de matérialité, tirée de ces circonstances, relève du droit. En effet, comme le dit la Cour suprême du Canada, l'application d'un concept juridique à des faits est une

---

46. *Mutuelle d'Omaha (La), Cie d'assurance c. Saindon*, [1990] R.R.A. 688, 690 et suiv. (C.A.Q.); *Industrielle (L'), Cie d'assurance sur la vie c. Bourque*, [1990] R.R.A. 449, 453 (C.A.Q.).

47. Nous devons marquer notre désaccord avec l'affaire *Henwood c. The Prudential Insurance Co. of America*, [1967] R.C.S. 720 (Ont.).

48. *The Mutual Life Assurance Co. of Canada c. Bernier*, [1968] B.R. 595; *Pincourt Restaurant Inc. c. United States Fire Insurance Company*, [1987] R.R.A. 444, 447 (C.A.Q.); Claude BELLEAU, «New Rules Concerning Misrepresentations and Warranties», *The New Quebec Insurance Act*, S.Q. 1974, c. 70, Meredith Memorial Lectures, 1978 series, Toronto, Richard De Boo Ltd., 1979, 23, 39.

question de qualification qui nous élève au-dessus d'une simple question de fait. En effet, il s'agit alors de porter un jugement essentiellement normatif<sup>49</sup>.

La conséquence la plus importante est relative au pouvoir d'intervention d'un tribunal d'appel. En principe, sauf en cas d'appréciation déraisonnable, un tribunal d'appel n'a pas pour mission de substituer sa propre appréciation des faits et de la preuve dans son ensemble à celle du premier juge. Mais, rien n'empêche le tribunal d'appel de tirer ses propres conclusions à partir des faits que le premier juge a considéré comme établis, décidant alors d'une question de droit et non d'une question de fait<sup>50</sup>.

Il est à noter que l'assureur n'obtiendra la nullité en assurance de dommages que s'il prouve en outre la fraude de son assuré ou son refus d'assurer s'il avait connu la circonstance en cause<sup>51</sup>. En assurance de personnes, il aura en outre à prouver la fraude ou l'existence du contrat depuis moins de deux ans<sup>52</sup>.

#### 4.2 La répartition du fardeau de la preuve

Le fardeau de prouver ces éléments appartient à l'assureur conformément à l'article 1203 C.c. Toutefois, l'assuré a une certaine tâche à accomplir: la preuve de sa compréhension du questionnaire nous semble lui appartenir davantage. Cette compréhension sert de mesure à la véracité de la déclaration. Il peut aussi réussir à faire rejeter la demande de sanction s'il prouve que l'assureur connaissait la circonstance ou était présumé la connaître

---

49. *Harvey Desgagné c. Fabrique de la paroisse de St-Philippe d'Arvida*, [1984] 1 R.C.S. 19, 31: dans cette affaire, il s'agissait d'appliquer le concept juridique de manifestation graduelle de l'article 2259 C.c. Cette qualification a été reprise dans *Canadian Johns-Manville Co. c. Canadian Indemnity Co.*, [1988] R.J.Q. 2651, 2659 (C.A.Q.): ici, la Cour d'appel appliquait le concept juridique de notoriété de l'article 2486 C.c.

50. *Ibid.*

51. Autrement, l'assureur ne pourra obtenir comme sanction qu'une réduction de la garantie aux termes de l'article 2488 C.c.

52. En l'absence de l'une ou l'autre de ces preuves, il n'y aura aucune sanction, vu l'article 2515 C.c.



en raison de sa notoriété, ne voulait pas la connaître ou a fait défaut d'enquêter quand il aurait dû<sup>53</sup>.

## 5. L'évaluation des dommages

### 5.1 Généralités

Dans le cadre d'une assurance de choses, il existe plusieurs formules d'évaluation des dommages.

Dans les polices à valeur agréée, l'évaluation est fixée à l'avance: la valeur des biens s'identifie au montant de la garantie. La difficulté pour l'assuré est de prouver l'étendue de la perte. Si la perte est totale, l'assuré pourra recevoir la totalité du montant d'assurance, si elle est partielle, il le recevra en proportion du pourcentage de la perte.

Dans les polices à découvert, les unes comportent une clause de valeur à neuf. L'évaluation des dommages est alors synonyme de valeur de remplacement: l'assuré aura à prouver le coût du remplacement et la conformité de ce remplacement avec les conditions de la police. Les autres polices à découvert ouvrent sur différentes valeurs<sup>54</sup> articulées autour du concept de la *valeur réelle*. Nous concentrons maintenant nos propos sur cette valeur réelle.

### 5.2 La preuve de la valeur réelle

L'assuré a le fardeau de prouver la valeur réelle des dommages subis. Il établira sa réclamation dans sa preuve de perte. Des experts pourront agir, employés soit par l'assureur, soit par l'assuré. La preuve de perte pourra évidemment être discutée par l'assureur. S'il n'intervient pas d'entente, les parties iront à l'arbitrage<sup>55</sup> ou devant les tribunaux de droit commun.

---

53. Voir: *Coronation Insurance Co. c. Taku Air Transport Ltd.*, J.E. 92-575 (C.S.C.) où la Cour Suprême du Canada reproche à l'assureur de ne pas avoir vérifié le dossier de son client: les circonstances en cause y étaient répertoriées.

54. Valeur d'usage, valeur de remplacement moins dépréciation, valeur marchande.

55. Si une clause compromissoire est prévue au contrat, laquelle clause est permise par l'article 2587 C.c.

Une réalité est incontestable. L'assuré a le fardeau de prouver la valeur de sa perte, mais il est autorisé à prouver la meilleure valeur qui le concerne. L'assureur a le fardeau de prouver les éléments d'une évaluation différente de celle proposée par l'assuré. Ainsi, dans l'affaire *Bankers Traders*, l'assuré a fait la preuve de la valeur de remplacement moins la dépréciation. L'assureur propose plutôt d'appliquer la valeur marchande. Les juges déclarent qu'ils n'ont pas à considérer cette valeur, car elle n'a pas été prouvée<sup>56</sup>.

Cette répartition du fardeau de la preuve est très importante. Elle marque les limites de la *broad evidence rule* qui ne peut agir de façon à contaminer une «valeur reconnue complète» par une «autre valeur reconnue complète», selon les normes généralement acceptées. Ne doivent y entrer que les facteurs acceptables dans une valeur donnée. Par exemple, la désuétude économique n'entre pas dans la valeur de remplacement, seule la dépréciation physique pouvant s'y insérer. La désuétude économique est plutôt rattachée à la valeur marchande.

L'assumption du fardeau de preuve pourra nécessiter l'intervention d'experts, mais ils ne sont pas les seuls à pouvoir déterminer la valeur des biens. Le témoignage de voisins agriculteurs, connaissant la valeur d'une machinerie, peut être d'un précieux secours<sup>57</sup>. Les voisins, visiteurs, etc. peuvent attester de l'existence de certains biens.

Il est important de réaliser que l'usage des prix moyens de liste, tirés de manuels, tels que le *Red Book* ou le *Black Book*, n'est pas une méthode légale et juste de fixation de la valeur du bien<sup>58</sup>. Cela ne signifie pas que les prix de liste ne peuvent être utiles. À défaut de preuves établissant une meilleure valeur ou une moindre valeur, le prix de liste pourra être retenu. Ainsi, le prix de liste constitue une preuve *prima facie* de la valeur du bien. Il faut évidemment en surveiller l'application car plusieurs prix existent dans ces manuels: par exemple, le prix de vente à un commerçant de voitures usagées n'est pas pertinent. Il faut, au minimum, considérer le prix d'achat d'une telle voiture chez un commerçant.

---

56. *Bankers & Traders Insurance Co. c. Gravel*, [1979] C.A. 13.

57. Voir: *Bonneau c. Assurance U.C.C. Compagnie mutuelle*, [1966] C.S. 44.

58. *Id.*, 45. Voir aussi: *Tremblay c. Hudon, Hébert and Co., Ltd.*, (1929) 47 B.R. 214; *Pouliot c. Allstate du Canada, Cie d'assurances*, [1985] C.P. 200, 208.

Le montant de la garantie, sauf pour le cas d'assurance à valeur agréée, ne fait pas preuve de la valeur du bien assuré. Toutefois, ce montant de la garantie peut parfois constituer une preuve *prima facie* de la valeur du bien moyennant certaines circonstances, comme le coût de la prime et le fait que le bien ait été évalué par un évaluateur recommandé par l'assureur<sup>59</sup>.

#### 6. Les manquements aux obligations lors d'une réclamation

Nous croyons qu'il appartient à l'assuré de prouver qu'il a accompli les obligations à l'égard du recouvrement. Toutefois, l'assureur devra assumer la preuve de l'existence d'un manquement ou le caractère mensonger d'une déclaration<sup>60</sup>.

Nous prétendons que, dans le simple cas de manquement, il ne devrait y avoir de sanction que dans la mesure où la preuve est faite d'un préjudice subi par l'assureur. On peut alors admettre qu'il serait raisonnable d'imposer à l'assuré d'assumer le fardeau de prouver l'absence de préjudice<sup>61</sup> plutôt que d'imposer à l'assureur celui de prouver l'existence d'un préjudice.

#### 7. Le décès

Pour obtenir l'indemnité d'une assurance-vie le bénéficiaire doit prouver le décès de la personne assurée. Cela se fait par la production d'un acte de sépulture. Toutefois, cette preuve n'est pas toujours disponible. Aussi le législateur a-t-il prévu des mécanismes de remplacement, afin que les bénéficiaires puissent avoir accès à l'indemnité.

Le décès peut être tenu pour certain sans qu'il soit possible de dresser un acte de sépulture: on peut alors faire la demande d'une *déclaration de décès*. Quand il est impossible d'être certain du décès, en cas de disparition prolongée de l'assuré, on peut demander une *déclaration de présomption de décès* d'un assuré.

---

59. Voir: *Raymond c. United States Fire Ins. Co.*, [1973] R.C.S. 522.

60. Donc que la déclaration a été faite, dans ce dernier cas, avec l'intention de tromper.

61. *Bois de l'est du Québec (1985) Inc. c. Matane (Ville de)* (1989) R.R.A. 837, 863 (C.S.) (porté en appel).

## 7.1 La déclaration judiciaire de décès

Quand le décès peut être tenu pour certain, sans qu'il ne soit possible de dresser un acte de sépulture, les personnes intéressées peuvent formuler *immédiatement* une demande de déclaration de décès<sup>62</sup>. Le caractère *certain* du décès ne signifie pas une certitude absolue. On doit rechercher une certitude juridique c'est-à-dire une certitude conforme aux exigences ordinaires des règles de preuve<sup>63</sup>. On doit apporter une preuve prépondérante et non une preuve hors de tout doute raisonnable. Cette prépondérance reposera souvent sur des présomptions, des circonstances. La preuve circonstancielle doit porter sur le décès lui-même:

«L'absence du présumé défunt ne formerait que l'un des éléments de cette preuve. Le requérant, dans le cadre d'une requête présentée en vertu de l'article 70 C.c., doit offrir davantage, c'est-à-dire une preuve comportant des indices graves, précis et concordants, permettant de conclure au décès suivant les règles de la preuve civile»<sup>64</sup>.

On ne peut donc se satisfaire d'une preuve qui démontre l'absence sans établir le décès<sup>65</sup> ou qui soit de nature équivoque<sup>66</sup>.

Le jugement déclaratif fixera le décès à un jour déterminé, si la preuve le permet ou, à défaut, au jour de la disparition du défunt. Cette date sera importante dans plusieurs situations: le calcul du délai de prescription, le début ou la fin d'une assurance à une date ou à un âge déterminés, l'application du délai de grâce pour le paiement des primes, etc.

Pour rendre immédiatement opposable le jugement à un assureur, il ne suffit pas de lui signifier la demande. Il faut en outre le mettre en cause.

---

62. Art. 70 et suiv. C.c. et 865.1 et suiv. C.p.c.

63. *Stephenson c. Léon*, [1980] I.L.R. 1-1252, 958 (C.S. Qué.).

64. *Assurance-vie Desjardins (L') c. Duguay*, [1985] C.A. 334, 338.

65. *Ibid.*; *Miron (In re:) Miron et Miron*, J.E. 83-1145 (C.S.). Alors il faut recourir à l'alternative de l'article 2529 C.c.

66. *DeVuomo c. The Prudential Insurance Company of America*, [1981] I.L.R. 1-1427, 5437 (Ont. S.C.) confirmé par (1983) I.L.R. 1-1635, 6278 (Ont. S.C.D.C.) et références. Le décès et la disparition volontaire étaient possibles.

Cette exigence s'explique par le fait que l'assureur a un intérêt immédiat à contester soit le décès, soit sa date. À défaut de mettre l'assureur en cause, le jugement ne lui sera opposable qu'à compter de la septième année<sup>67</sup> qui suit la date de décès fixée dans le jugement. Durant cette période d'inopposabilité, l'assuré peut réapparaître et ainsi mettre fin aux effets du jugement. À la fin de la période, il peut être possible à l'assureur de demander une rétractation de jugement, lui ou ses représentants n'ayant pas été appelés à l'instance<sup>68</sup>. De plus si on omet de mettre en cause l'assureur, la date du décès, quant à ce dernier, est reportée à la septième année<sup>69</sup>. En conséquence, les bénéficiaires doivent poursuivre le paiement des primes pour six années additionnelles, sinon les assurances se termineront après l'écoulement du délai de grâce, vu l'article 2519 C.c.

## 7.2 La déclaration judiciaire de présomption de décès

À défaut de pouvoir apporter une preuve suffisante établissant le décès, une alternative existe en cas de disparition prolongée de l'assuré de sa résidence habituelle. Après sept ans écoulés, sans nouvelles de l'assuré et sans qu'il ait paru à sa résidence habituelle, les bénéficiaires de l'assurance peuvent obtenir du tribunal une déclaration de présomption de décès en vertu de l'article 2529 C.c.<sup>70</sup>. La signification de la demande à l'assureur est suffisante sans qu'il soit nécessaire de le mettre en cause.

La preuve requise est moins lourde que celle exigée pour le jugement déclaratif de décès<sup>71</sup>: elle porte essentiellement sur l'établissement d'une absence continue durant sept ans, telle que qualifiée par l'article 2529 C.c.<sup>72</sup>. Le bénéficiaire n'a donc pas à fournir une preuve explicative de la disparition confirmant le décès. Toutefois, il semble bien que, malgré la différence dans la formulation des textes, l'assureur pourrait intervenir et contester la demande comme dans les juridictions de *common law*. Il pourrait renverser la présomption en apportant des preuves établissant de façon prépondérante

67. Et non après sept ans écoulés comme à l'art. 2529 C.c.

68. Art. 489 et 490 C.p.c.

69. Si on ne considère pas la date comme reportée, la réclamation se prescrira par trois ans et donc avant que le délai d'inopposabilité ne soit complété.

70. La procédure à suivre pour l'obtention de ce jugement est aux articles 927 à 931 C.p.c.

71. *Miron (In re:) Miron et Miron*, précité, note 65.

72. Art. 929 C.p.c.

qu'une autre hypothèse que celle du décès explique la disparition de l'assuré. Par exemple, l'assuré a commis un important vol et l'hypothèse la plus probable est qu'il ne veut pas être pris<sup>73</sup>. Il ne suffit pas d'une simple explication mais d'une preuve capable de faire échec à la présomption de décès<sup>74</sup>.

En cas de silence du juge, la date du décès présumé sera celle du jugement. Mais le juge pourrait-il fixer une autre date? Interprétant l'ancien article 2593a C.c., l'équivalent de l'actuel article 2529 C.c., un juge de la Cour supérieure rejette cette possibilité:

«[...] lorsque le tribunal accorde une déclaration de présomption de décès conformément à l'article 2593a C.c., il ne peut antidater le décès présumé de l'assuré à une date antérieure à celle du jugement; pour que le tribunal adjuge différemment, il aurait fallu que le requérant procède suivant les articles 70 et suivants du Code civil et qu'il obtienne un jugement déclaratif de décès»<sup>75</sup>.

Il est vrai que le législateur exige une *déclaration* de présomption de décès pour contraindre l'assureur à payer, le seul écoulement du temps étant insuffisant. Toutefois, le juge infère une présomption résultant du simple écoulement des sept ans<sup>76</sup>. Il ne crée donc pas cette présomption. Aussi, rien n'interdit qu'il fixe la date de présomption de décès à une date antérieure à celle de son jugement, pour autant que cette date soit postérieure à l'écoulement des sept ans. Toutefois, nous ne serions pas enclin à accepter qu'il fixe une date antérieure à ces sept ans d'absence même si des indices importants rendent vraisemblable cette date<sup>77</sup>. Il faudrait alors plutôt procéder en vertu de l'article 70 C.c.

L'assuré n'est donc pas réputé mort à compter de sa disparition comme dans les cas ordinaires d'absence prévus par l'article 98 C.c. Il faut se

- 
73. V. *O'Donnell v. North American Life Ass. Co.*, (1927) 32 O.W.N. 218; David NORWOOD, *Life Insurance Law in Canada*, Toronto, Richard De Boo Ltd, 1977, p. 273.
74. *Re Dean*, (1926) 31 O.W.N. 288.
75. *Savard c. Metropolitan Life Insurance*, [1971] C.S. 631, 632.
76. Voir spécialement l'article 929 C.p.c.
77. David NORWOOD, *op. cit.*, note 73, p. 274 et suiv. Cet auteur favorise les deux possibilités mais admet bien que la dernière est improbable en pratique.

souvenir que l'article 2529 C.c. est une disposition exceptionnelle instaurée pour favoriser le paiement des prestations d'assurance.

En tout état de cause, la prescription de la réclamation d'assurance commencera à courir à compter de la date déclarée de la présomption de décès pour autant qu'il est possible de fixer la date du décès à une date précédant celle du jugement<sup>78</sup>. Il peut donc être dangereux de viser une date trop antérieure à celle du jugement. Pour protéger ses droits, il peut être souhaitable d'intenter son recours en réclamation contre l'assureur dès la disparition de l'assuré, sauf à attendre un éventuel jugement en déclaration de présomption de décès.

Le paiement des primes doit se faire jusqu'à la date déclarée de la présomption de décès. Sinon, l'assurance se terminera par l'épuisement du délai de grâce conformément à l'article 2519 C.c.

## 8. L'existence de l'invalidité et sa continuité

### 8.1 L'existence de l'invalidité

Il appartient à l'assuré de prouver que son invalidité correspond à la définition du contrat. Comme tout autre réclamant, il doit prouver que la garantie s'applique.

Parfois, cette preuve s'arrêtera à la capacité d'exercer son *emploi*; d'autres fois, l'assuré devra apporter la preuve qu'il est incapable d'exercer un emploi équivalent ou un emploi pour lequel il est raisonnablement préparé par son éducation, sa formation et son expérience. Dans tous les cas, l'invalidité *totale* a, comme critère de reconnaissance, l'existence d'une *invalidité substantielle*<sup>79</sup>.

---

78. En vertu de l'ancien article 2593a C.c., on prévoyait formellement que la prescription ne commençait à courir que de la date de la déclaration de présomption de décès. Cela pouvait tenir lieu de justification au refus de fixer le décès à une date antérieure au jugement.

79. *Paul Revere Life Insurance Co. c. Sucharov*, [1983] 2 R.C.S. 541.

## 8.2 La continuité de l'incapacité

Après avoir commencé à payer les bénéfices, l'assureur pourra prétendre que l'assuré n'y a plus droit, soit parce que l'état de l'assuré a possiblement changé, soit parce qu'une définition plus restrictive trouve application après un certain nombre de versements. Qui doit alors assumer le fardeau de la preuve? L'assuré doit-il prouver qu'il se qualifie encore ou appartient-il à l'assureur de prouver sa disqualification?

### 8.2.1 Modification dans l'état de l'assuré

#### 8.2.1.1 L'état actuel de la jurisprudence

Dans une décision de la Cour supérieure, confirmée en appel, on décide qu'il appartient à l'assuré de prouver qu'il est toujours invalide et non à l'assureur de prouver qu'il est devenu valide<sup>80</sup>.

Dans les provinces de *Common Law*, on reconnaît deux courants jurisprudentiels. L'un, mettant le fardeau sur les épaules de l'assureur de prouver la cessation de l'invalidité, serait parti de l'affaire *Blackstone*<sup>81</sup>. Puis en 1986, l'affaire *Porter*<sup>82</sup> amorce le deuxième courant en vertu duquel il appartient à l'assuré de prouver que son invalidité persiste. Dans l'affaire *Porter*, les juges font observer que l'affaire *Blackstone* est d'abord fondé sur le fait que la police contenait une clause selon laquelle le caractère permanent de l'invalidité est présumé après 90 jours d'existence de l'invalidité<sup>83</sup>.

---

80. Voir: *Caisse Populaire de Maniwaki c. Giroux*, [1988] R.J.Q. 430, 434 (C.S.), 1991 R.R.A. 884 (C.A.Q.). À noter que la permission d'appeler sur cette question précise a été accordée par la Cour Suprême du Canada: «Lorsque des paiements ont été faits en vertu d'un contrat d'assurance-invalidité, l'assureur assume-t-il le fardeau de prouver que l'assuré ne souffre plus d'invalidité avant que les paiements puissent être discontinués?»

81. *Blackstone v. Mutual Life Insurance Co. of N.Y.*, [1945] 1 D.L.R. 165 (Ont. H.C.).

82. *Porter v. Metropolitan Life Insurance Company* [1986] I.L.R. 1-2043, 7889 (N.S. S.C., App. Div.).

83. Pour la mise en présence des deux courants jurisprudentiels, voir: *Malkin v. Crown Life Insurance Company*, (1990) 38 C.C.L.I. 117 (B. C. S.C.) et *Clarke v. National Life Insurance Co. of Canada*, (1991) 48 C.C.L.I. 129 (Ont. D.C.).



Aux États-Unis, la jurisprudence semble aussi partagée, avec une préférence pour l'imposition du fardeau à l'assureur:

«It is rather for the insurer claiming a cessation of disability to prove its allegation by a preponderance of the evidence»<sup>84</sup>.

Il n'y a pas de discussion dans les cas où un jugement a déjà reconnu que l'invalidité de l'assuré qualifie l'assuré pour les prestations: ce jugement entraîne une présomption que l'invalidité existe jusqu'à ce que l'assureur prouve le contraire<sup>85</sup>.

#### 8.2.1.2 Notre point de vue: le fardeau à l'assureur

Il nous semble qu'il devrait appartenir à l'assureur de prouver la cessation d'une invalidité par ailleurs déjà acceptée, par lui volontairement ou par l'effet d'un jugement. Les raisons en faveur de cette attribution du fardeau de la preuve sont nombreuses.

##### a) *La souplesse de la répartition du fardeau de la preuve.*

La répartition du fardeau de la preuve ne repose pas sur des préceptes absolus. Wigmore nous indique bien qu'elle ne constitue pas une règle générale applicable à tous les cas:

«The truth is that there is not and cannot be any one general solvent for all cases. It is merely a question of policy and fairness based on experience in the different situations»<sup>86</sup>.

Il serait inéquitable de reconnaître un principe qui permettrait à l'assureur d'exiger de l'assuré une nouvelle preuve de son invalidité, selon bon plaisir.

---

84. John Alan APPLEMAN et Jean APPLEMAN, *Insurance Law and Practice with Forms*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1980, vol. 21 révisé, par. 12211, p. 232.

85. George J. COUCH, *Couch Cyclopedia of Insurance Law*, Rochester, N.Y., The Lawyers Co-Operation Publishing Co., 1983, vol. 19 révisé, par. 79: 488, p. 440.

86. John Henry WIGMORE, *Evidence in Trials at Common Law*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 9, Boston, Little Brown, 1981, p. 291.

b) *Le fardeau au revendicateur du changement.*

Il est normal que la partie qui invoque le changement d'une situation fasse la preuve de ce changement.

Pensons au créancier ou au débiteur d'une pension alimentaire. Personne ne doute que celui des deux, débiteur ou créancier, qui prétend que la situation a changé, doive faire la preuve du changement.

En somme, cette distribution du fardeau de la preuve n'est que la mise en oeuvre de l'article 1203 C.c.

c) *L'assimilation des modes de reconnaissance de l'invalidité.*

La reconnaissance de l'invalidité peut découler d'une exécution volontaire de ses obligations par l'assureur ou d'un jugement le condamnant à payer. Dans ce dernier cas, il n'y a pas de doute, pour la jurisprudence américaine du moins, que le fardeau de preuve appartient à l'assureur qui voudrait cesser ses paiements.

Il nous semble que le résultat doit être le même peu importe le mode de reconnaissance, volontaire ou forcée, de l'invalidité. En effet, dans les deux cas, il y a une reconnaissance de l'application des conditions de la police. On est vraiment en présence de la nécessité de prouver un changement par rapport à une situation reconnue: l'assureur, en alléguant le changement, oppose l'extinction de l'obligation et il doit lui-même justifier les faits conformément à l'article 1203 C.c.

d) *Une présomption de permanence équivalente à celle de la convention.*

La jurisprudence accepte, de façon générale, que l'assureur doive prouver le changement, s'il existe, dans la police, une présomption du caractère permanent de l'invalidité. Ainsi, on dira parfois que l'invalidité est présumée permanente si elle dure plus de quatre-vingt-dix jours.

On peut considérer cette présomption conventionnelle comme donnant une raison *additionnelle* d'imposer à l'assureur le fardeau de prouver le

changement. Mais en réalité, sans cette présomption, nous sommes à peu près dans la même situation. En effet, la présomption du caractère permanent existe pour permettre la preuve d'admissibilité aux prestations; si par ailleurs, sans l'aide d'une présomption, la preuve de l'admissibilité est faite, n'en ressort-il pas une présomption tout à fait naturelle que l'assuré est admissible aux bénéfices jusqu'à preuve du contraire? Cette présomption rejoint donc en quelque sorte celle des contrats d'assurance.

e) *L'obligation de fournir des attestations d'invalidité: non-renversement du fardeau.*

Au cours de l'exécution de ses obligations, l'assureur peut parfois compter sur une clause du contrat qui lui permet d'exiger de l'assuré qu'il lui fournisse des certificats médicaux, etc... Toutefois, cette exigence n'a pas pour effet d'obliger l'assuré à prouver son invalidité. Ce sont justement des éléments qu'il doit fournir à l'assureur pour que ce dernier puisse faire la preuve qui lui incombe. L'assuré assume plutôt par là son obligation de coopérer avec l'assureur.

### 8.2.2 Entrée en jeu d'une nouvelle définition de l'invalidité

Dans le cas où une nouvelle définition plus restrictive de l'invalidité entre en jeu après un certain nombre de versements, nous pensons qu'il appartient à l'assureur de prouver que le temps est venu de l'appliquer et que l'invalidité de l'assuré ne le rend plus admissible aux bénéfices.

Nous acceptons l'opinion que les assurances-invalidité ne sont pas conçues comme étant à deux paliers pour les fins des paiements. La preuve de l'invalidité n'est pas faite pour obtenir des versements jusqu'à ce que la nouvelle définition de l'invalidité intervienne. Elle est faite pour toute la durée du contrat, sauf à l'assureur de prouver que l'assuré n'est plus admissible en vertu d'un changement apporté par la définition. Que le changement résulte du fait d'un état ou d'une définition, il n'y a pas de vraie différence.

«I have set forth above the provision of the plan relating to payment of benefits. It contemplates the filing on the part of the insured of written proof of loss to establish entitlement and the making of payments thereafter on a monthly basis during the continuance of liability. It does not contemplate a two-stage plan of making

payments, the first of which would be completed at the end of the first twenty-four months of incapacity and then a cessation of payments until the plaintiff had once again established his entitlement to payments thereafter. In my opinion, there is no difference in principle between the defendant making a decision that the plaintiff was disentitled to benefits during the first twenty-four months on the basis of the definition of total disability during that time than there would be in making such a decision thereafter based on the definition of "total disability" and "commensurate occupation" during the period following the first twenty-four months. In either case, the onus would be on the defendant to show on the balance of probabilities that the plaintiff had ceased to be "totally disabled" within the meaning of the definition contained in the plan<sup>87</sup>.

### CONCLUSION

Les problèmes de preuve sont très importants dans le domaine des assurances. Nous avons touché aux principales situations et aux principales règles applicables. Leur compréhension peut changer le traitement et le résultat de bien des réclamations.

Les règles de preuve doivent être au service de la justice: elles ne sont pas des absolus applicables à tous les cas. Au contraire, elles recèlent suffisamment de souplesse pour nous permettre de respecter les intérêts légitimes de chacune des parties.

---

87. *Taaffe v. Sun Life Assurance Company* [1980] I.L.R. 1-1194, 705, 710 (Ont. H.C.).

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** L'INCERTITUDE DES PROBABILITÉS EN DROIT ET EN MÉDECINE

**Auteur(s) :** Katherine LIPPEL

**Revue :** RDUS, 1991-1992, volume 22, numéro 2

**Pages :** 445-472

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/13424>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/13424>

*Page vide laissée intentionnellement.*

# L'INCERTITUDE DES PROBABILITÉS EN DROIT ET EN MÉDECINE\*

par Katherine LIPPEL\*\*

*Le droit, la science et la médecine interagissent souvent à l'occasion du contentieux d'indemnisation, mais les conséquences de cette interaction sont souvent ignorées. Chacune de ces disciplines interprète différemment des notions de base comme la probabilité, la causalité, et la certitude. La confusion qui en découle porte préjudice, d'une manière systémique, aux droits des personnes qui revendiquent une indemnisation. Le fardeau de preuve doit être défini en fonction de la pensée juridique, et ne devrait pas se confondre avec la notion de probabilité scientifique. Les règles de preuve traditionnelles devront être scrutées afin de les adapter aux besoins d'un système d'indemnisation où les enjeux médico-légaux et le déséquilibre entre les parties génèrent un accès inégal aux données scientifiques ou médicales. La «neutralité» et la réserve judiciaire peuvent d'elles-mêmes créer une situation de partialité lorsque l'inégalité des parties est de nature structurelle.*

*Law, medicine and science are often interacting elements in the adjudication of compensation claims. Yet the consequences of this interaction are often overlooked. Concepts basic to these disciplines, such as probability, causation, and certainty, have very different meanings in the respective fields. Confusion as to the meaning actually used creates an ongoing handicap for compensation claimants. The burden of proof should be evaluated according to legal standards, and must not be confused with scientific notions of probability. Traditional legal rules regarding the admissibility of evidence may have to be adapted to better serve the process of adjudication by administrative tribunals when the medico-legal issues involved and the disparity in the means of the parties, lead to an imbalance in access to scientific and medical information. Judicial «neutrality» may in itself create a form of bias in a context where inequality between the opposing parties is intrinsic to the nature of the compensation system.*

---

\*. Une version précédente de ce texte a été présentée au 2<sup>e</sup> colloque sur les maladies du travail au Québec, Sherbrooke, le 27 octobre 1991. L'auteure est consciente que les travailleuses aussi peuvent être atteintes de maladies professionnelles. L'utilisation du masculin n'a pas pour but de les exclure.

\*\* Avocate et professeure au Département des sciences juridiques, U.Q.A.M.

**SOMMAIRE**

<b>Introduction</b> .....	447
<b>1. Les différences entre le droit et la science</b> .....	448
a) La gamme de réponses possibles .....	448
b) Le sens du terme «probable» .....	449
c) La notion de relation .....	451
<b>2. L'examen de la preuve médicale</b> .....	456
a) Identifier le fardeau de preuve du réclamant .....	456
b) Décrypter le langage et le raisonnement des médecins et des scientifiques .....	460
<b>3. Trois problèmes: les études scientifiques déficientes, non     produites en preuve ou inexistantes</b> .....	465
a) Études déficientes .....	465
b) Études non produites en preuve .....	466
c) Études inexistantes .....	469
<b>Conclusion</b> .....	471



## Introduction

Les questions de nature médicale ou scientifique se présentent dans plusieurs contextes juridiques. Qu'on examine la responsabilité civile ou pénale du médecin ou qu'on se questionne sur l'aptitude de l'accusé à subir son procès, il demeure que ce sont des «oreilles de juristes» qui entendent et jugent des paroles de médecins. Bien que ce phénomène se présentait à l'occasion dans le cadre de procès soulevant des questions médico-légales, dans certaines nouvelles sphères de pratique les juristes sont confrontés quotidiennement à des questions exigeant une compréhension de données médicales.

Le nouveau<sup>1</sup> contentieux dans le domaine de l'indemnisation des victimes de lésions professionnelles ou d'accidents de la route exige sinon une maîtrise tout au moins une bonne compréhension des questions médicales soulevées par la réclamation. Il va de soi que le procureur qui délègue à son témoin expert le soin de comprendre l'ensemble des aspects médicaux abdique ses responsabilités et risque de passer à côté des questions les plus importantes. Chaque lésion exige des connaissances particulières mais tous les dossiers qui soulèvent des questions médicales, qu'ils portent sur un accident ou sur une maladie professionnelle, exigent une compréhension de base de la médecine, de la science et du droit. Au-delà de la compréhension des termes médicaux, il faut avant tout examiner le sens particulier de certains termes généraux utilisés par les médecins et le type de raisonnement qui est propre à la science en général et à la médecine en particulier. Parallèlement à cette réflexion, il faut se rappeler des fonctions particulières du droit.

---

1. L'intervention répandue de juristes dans le domaine de l'indemnisation des lésions professionnelles date de la création du droit d'appel à la Commission des affaires sociales en 1977. Ce même tribunal entend les appels en matière d'indemnisation des lésions reliées aux accidents d'automobile depuis 1978. Aujourd'hui les bureaux de révision paritaire de la Commission de la santé et de la sécurité du travail et la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles entendent également les causes portant sur les questions médico-légales.

## 1. Les différences entre le droit et la science

### a) La gamme de réponses possibles

La science prétend à la vérité. Le dictionnaire Petit Larousse définit le terme «science» ainsi: «Ensemble cohérent de connaissances relatives à certaines catégories de faits, d'objets ou de phénomènes obéissant à des lois et vérifiées par les méthodes expérimentales.... Discipline ayant pour objet l'étude des faits, des relations vérifiables». La médecine et les médecins s'identifient à la communauté scientifique et aux valeurs scientifiques.

Le scientifique et le médecin ont toujours trois choix de réponses à une question qui leur est posée: oui, non et on ne sait pas. La catégorie «on ne sait pas» est vaste, particulièrement dans le domaine de la santé au travail. Tout porte à croire que ceux qui contrôlent en bonne partie le financement des recherches scientifiques ont un certain intérêt à maintenir l'incertitude la plus grande<sup>2</sup>.

Contrairement à la science, le droit n'a pas la prétention de proclamer la vérité. Ceci ne veut pas dire que le droit ne valorise pas l'honnêteté. Cependant, le juge ne peut pas s'abstenir de décider sous prétexte que la réalité est incertaine. En droit, il n'y a que deux réponses possibles car le juge ne peut refuser de se prononcer parce qu'il ne sait pas.

Illustrons ce principe en l'appliquant à une réclamation pour une maladie professionnelle. Lorsque la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles refuse de reconnaître une relation entre le travail et une maladie, elle affecte les droits du travailleur. Toutefois, le commissaire a le devoir de décider entre l'acceptation ou le refus de la demande du travailleur. Ce dernier doit convaincre le tribunal de la relation entre son travail et sa maladie. Le scientifique qui n'est pas certain de l'existence ou l'inexistence de la relation s'abstiendra de se prononcer, mais le commissaire placé dans la même situation n'a d'autre choix que de se prononcer sur la demande. Ainsi le défaut du scientifique d'affirmer l'existence d'une relation a le même effet

---

2. Voir: Samuel S. EPSTEIN, *The Politics of Cancer*, San Francisco, Sierra Club Books, 1979.

juridique qu'une affirmation catégorique d'absence de relation. Dans les deux cas le travailleur assume seul les coûts de sa maladie.

Dans sa discipline, le scientifique s'abstient de se prononcer jusqu'au moment où il peut affirmer sa «vérité». En droit, le juge doit se prononcer sur les conséquences juridiques, même en l'absence de preuve de la «vérité». C'est pour cette raison que le droit détermine le degré de «vérité» nécessaire pour justifier sa conclusion. Ce degré de vérité variera en fonction des conséquences de sa décision. Si un justiciable doit être privé de sa liberté suite à la décision du juge, le droit exige une preuve hors de tout doute raisonnable avant la condamnation pénale de l'accusé. Si un justiciable réclame de l'argent en dédommagement, le droit donnera raison à celui dont la version est la plus probable. Le juge doit alors soupeser deux hypothèses et choisir la plus probable. Il juge selon la balance des probabilités c'est-à-dire en fonction de la preuve prépondérante.

b) Le sens du terme «probable»

Les juristes qui exercent leur profession dans le domaine de l'indemnisation sont confrontés à un discours médical qui leur est souvent obscur et intimidant. Ils doivent se familiariser avec l'épicondylite, le tunnel carpien et la spondylolyse ankylosante. Les meilleurs d'entre eux étudient leurs dictionnaires médicaux et discutent longuement avec leurs experts pour comprendre ces termes. Mais bien plus mystificateurs et dangereux sont les termes qui ont un sens en médecine et un tout autre sens en droit. Lorsque le même terme est utilisé pour désigner deux réalités, les chances de confusion sont beaucoup plus grandes. En tant que juriste, on sait qu'on ne comprend pas le terme «épicondylite» mais on a l'illusion de comprendre notre expert lorsqu'il nous dit qu'il n'y a pas de relation entre le travail et la maladie ou qu'il est possible mais non probable que le travail ait causé la maladie. Les termes «probable», «relation» ou même «lien de causalité» ont un sens en droit, un autre sens en médecine et un troisième dans le langage ordinaire. Si ceux qui utilisent ces termes ne sont pas conscients de cette multiplicité de sens, il y a un danger réel que des malentendus surviennent.

Lorsque, dans le cadre d'une réclamation pour une maladie professionnelle, un juriste interroge un témoin médical sur la probabilité de l'existence

d'une relation entre la maladie et le travail, la question qu'il formule présuppose une réponse affirmative dans l'éventualité où il est certain à plus de 50% de l'existence de la relation. Le juriste veut savoir si la probabilité que le travail ait contribué à la maladie est plus grande que la probabilité qu'il n'y ait pas contribué. Sauf exception, le témoin médical ou scientifique répondra à la question en appliquant un degré de probabilité beaucoup plus élevé. Il lui faudra parfois être certain à 95% de l'existence d'une relation avant d'affirmer qu'il est probable qu'une relation entre le travail et la maladie existe. En médecine, la certitude nécessaire pour confirmer l'incidence étiologique est élevée car dans ce domaine, une telle affirmation implique souvent une intervention chirurgicale ou un plan de traitement. Une erreur pourrait entraîner des conséquences désastreuses. Selon les exigences de la formation scientifique ou médicale, le degré de probabilité se situe plutôt à 95% et parfois même à 99% mais les médecins, et encore davantage les scientifiques, ont toujours la possibilité de l'abstention. Le juge, lui, n'a pas cette option. Lorsqu'il conclut à l'ignorance à l'égard de la relation, le travailleur ou l'accidenté en assume les conséquences. Lorsque la vérité ne peut être atteinte le juge a l'obligation de choisir, des deux versions, celle qui lui paraît la plus plausible. Lorsque les médecins ou scientifiques qui témoignent ne parlent que de possibilités ou lorsqu'ils refusent d'affirmer qu'une relation est probable, le juge interprétera leur réticence comme étant une affirmation qu'il y a moins de 50% de chances qu'il y ait une relation entre le travail et la maladie. Il est donc du devoir du procureur de bien formuler ses questions. Dans le cadre d'une réclamation pour une maladie professionnelle, le droit cherche à déterminer s'il est plus probable que non qu'un lien de causalité existe entre le travail et la maladie.

La Cour suprême du Canada vient de rappeler cette distinction entre la notion de probabilité en droit et en médecine dans l'affaire *Snell c. Farrell*<sup>3</sup>. On peut y lire le passage suivant:

«Le fardeau ultime de la preuve incombe au demandeur, mais en l'absence de preuve contraire présentée par le défendeur, une inférence de causalité peut être faite même si une preuve positive ou scientifique de la causalité n'a pas été produite [...] Par conséquent,

---

3. [1990] 2 R.C.S. 311, 330.

il n'est pas essentiel que les experts médicaux donnent un avis ferme à l'appui de la théorie de la causalité du demandeur. Les experts médicaux déterminent habituellement l'existence de causalité en des termes de certitude, alors qu'une norme inférieure est exigée par le droit. Comme l'a souligné Louisell dans *Medical Malpractice*, vol. 3, l'expression [TRADUCTION] "à votre avis, avec un degré raisonnable de certitude médicale" qui constitue la forme de question normalement posée à un expert médical, est souvent mal comprise. L'auteur explique à la p. 25-57 [TRADUCTION]: "Un grand nombre de médecins ne comprennent pas l'expression [...] car ils parlent habituellement de 'certitudes' à 100 pour 100, alors que les certitudes 'raisonnables' requises en droit exigent seulement une probabilité supérieure, c'est-à-dire à 51 pour 100."

La pertinence de cet arrêt dans le domaine des lésions professionnelles a été soulignée par la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles dans une décision portant sur le syndrome du tunnel carpien. Le Bureau de révision paritaire avait refusé la réclamation au motif que le témoin expert avait qualifié de «possible» la relation entre le travail et la lésion. Le commissaire siégeant en appel de cette décision souligne la différence entre la probabilité médicale et la probabilité juridique pour conclure qu'en l'espèce la preuve prépondérante justifiait l'indemnisation<sup>4</sup>.

c) La notion de relation

Même si les intervenants font l'effort d'uniformiser leur langage dans le sens suggéré par la Cour suprême en ce qui concerne la probabilité d'une relation, une deuxième source de confusion de langage se produit dans la détermination de la nature de la relation exigée pour justifier l'indemnisation. Doit-on prouver que le travail (ou un accident) a causé la lésion ou suffit-il que le travail ait contribué au développement de la maladie? Suffit-il de constater que la lésion ne se serait pas développée n'eût été du travail? Comment doit-on départager la «responsabilité» de maladies à étiologies multiples telles que la plupart des maux de dos et des maladies cardio-vasculaires?

---

4. *Martin et Brasserie Molson O'Keefe Ltée, C.A.L.P. n° 12779-62-8905, 28 janvier 1992.*

De temps à autre la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles nous rappelle qu'il n'est pas nécessaire d'avoir une preuve hors de tout doute raisonnable sur la question de la relation entre la maladie et le travail<sup>5</sup>, mais rares sont les décisions où elle s'attarde au sens à donner au fardeau de preuve<sup>6</sup>. Bien que tous s'entendent sur la nécessité d'un lien de causalité entre maladie et travail, le degré de «responsabilité» du travail n'en est pas un de causalité exclusive. La loi exige que l'accident ait «entraîné» une lésion<sup>7</sup>. La jurisprudence de la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles qui est fidèle aux principes de la responsabilité civile, estime qu'il suffit que l'accident du travail ou la maladie professionnelle<sup>8</sup> ait rendu symptomatique une lésion personnelle jusqu'alors asymptomatique pour justifier l'indemnisation de l'incapacité. Lorsque l'accident rend invalidant un état qui ne l'était pas auparavant, il y a un lien de causalité entre l'accident du travail et les limitations fonctionnelles qui justifie l'indemnisation<sup>9</sup> et cela même si le travailleur était plus vulnérable que ses collègues. Celui qui indemnise «assume les risques inhérents à la qualité et à la personnalité de sa victime»<sup>10</sup>. L'obésité<sup>11</sup>, la faible constitution<sup>12</sup>, l'arthrose<sup>13</sup>, la personnalité nerveuse<sup>14</sup> et même la spondylolyse avec spondylolisthésis<sup>15</sup> constituent toutes des conditions personnelles qui ne justifient pas un

5. Voir à titre d'exemple: *Giampetrone et Usinage de précision de Montréal*, [1988] C.A.L.P. n° 01246-60-8611.
6. Pour une excellente étude sur l'ensemble de cette question, voir: Diane L. DEMERS, «Les maladies professionnelles et la plausibilité biologique», [1991] 25 R.J.T. 29.
7. *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001, art. 2 où on définit le terme «accident du travail».
8. *Produits chimiques Expro Inc. c. C.A.L.P.*, [1988] C.A.L.P. 187 (C.S.), en appel, n° 500-09-000306-886.
9. *Lavoie et 2332-3827 Québec Inc.*, C.A.L.P. n° 04124-63-8708.
10. Jean-Louis BAUDOUIN, *La responsabilité civile délictuelle*, 3<sup>e</sup> édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 118. L'auteur y confirme que la «Thin Skull Rule» de la Common Law reçoit son application en droit québécois.
11. *Simmon's Ltée et Fournier*, [1988] C.A.L.P. 673.
12. *Labelle-Dagenais et Zeller's Ltée*, [1988] C.A.L.P. 316.
13. *Produits chimiques Expro Inc. c. C.A.L.P. et Richer*, précitée, note 8; voir aussi: *Collona et Maçonnerie G.E. Ltée et C.S.S.T.*, [1988] C.A.L.P. 288.
14. *Gagnon et C.A.R.R.A.*, [1989] C.A.L.P. 769; *Guitar-Prieur et Miracle Mart*, [1989] C.A.L.P. 738.
15. *Beaulieu et Société d'aluminium Reynolds (Canada) Ltée*, C.A.L.P. n° 10424-04-8812, 17 mai 1991; *Turbine et Howard Bienvenu*, C.A.L.P. n° 17185-08-9002, 18 mars 1991.

refus d'indemnisation si elles n'étaient pas problématiques ou invalidantes avant l'accident. Selon la logique juridique, la seule qui devrait régir le droit à l'indemnisation, il est donc clair qu'il n'est pas nécessaire d'avoir la preuve que le travail a été constitué la cause principale de la lésion pour accueillir une réclamation. L'indemnisation sera payable si le travail a été une cause contributive à la survenance d'un dommage qui ne se serait pas manifesté à ce moment n'eût été du travail.

Certains auteurs prétendent que la notion de relation particulière à un régime d'indemnisation sans faute est moins étroite que la relation exigible dans un contexte civil, du fait que le caractère «sans faute» du régime rend inutile l'exigence du caractère prévisible des dommages. Alors qu'en responsabilité civile l'intervention de fautes subséquentes peut rompre le caractère direct des dommages, les mêmes considérations ne devraient pas s'appliquer dans un régime sans faute<sup>16</sup>. Les juridictions canadiennes de *Common Law* se penchent soigneusement sur les questions de relation. Dans ces juridictions, on exige que le travail ait contribué au développement de la maladie. Parfois, on exige une contribution plus significative lorsqu'il s'agit d'une maladie à étiologie multiple<sup>17</sup>. Au Québec, il semblerait que la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles préfère évaluer chaque dossier à la lumière de principes généraux sans s'attarder à une définition rigoureuse de la notion de relation. Il n'en demeure pas moins que les principes de base, conformes à la lettre et à l'esprit de la législation, semblent n'exiger qu'une démonstration de la contribution du travail au développement de la lésion. Ainsi seront exclues les lésions qui ne constituent

16. Le Doyen Arthur Larson, qui est l'autorité principale en matière de droit de l'indemnisation des lésions professionnelles aux États-Unis est de cet avis. Voir notamment: Arthur LARSON, «The Legal Aspects of Causation in Workmen's Compensation», (1954) 8 *Rutgers L. Rev.* 423 – 426.

17. Voir Terence G. ISON, *Workers' Compensation in Canada*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Butterworths, 1989, p. 58 et suiv. Beaucoup de controverses entourent la définition du degré de relation nécessaire à la reconnaissance d'une lésion en droit ontarien. On peut comparer la *Décision 918*, [1988] 9 W.C.A.T.R. 48 avec la *Décision 1018*, [1989] 10 W.C.A.T.R. 82 où le Tribunal d'appel cherche à définir la relation exigée lorsque la réclamation porte sur une incapacité psychologique qu'on allègue être en relation avec le stress du travail. Pour une discussion de la jurisprudence ontarienne sur cette question voir Katherine LIPPEL, «Compensation for Mental – Mental Claims Under Canadian Law», (1990) 8 *Behavioral Sciences & The Law* 375–398.

que le développement normal de la condition personnelle. Lorsque les conditions de travail précipitent la manifestation d'une incapacité, celle-ci est indemnisable<sup>18</sup>.

Alors que la notion juridique de lien de causalité est confuse, l'intervention des médecins, avec leurs propres notions d'étiologie ou de relation, rend encore plus complexe une tâche déjà difficile. Lorsqu'on demande à un médecin si la lésion est en relation avec le travail, sans encadrer notre question de paramètres qualificatifs, il répond à une question sur l'étiologie: le travail a-t-il causé la maladie? Une affaire récente permet d'illustrer cette affirmation. Une technicienne de laboratoire est décédée des suites d'une méningite. Il était en preuve qu'elle avait, dans le cadre de son travail, manipulé des échantillons contaminés servant à diagnostiquer cette maladie. Interrogé sur le lien entre le travail et la maladie, un médecin a répondu qu'il n'était pas en mesure d'identifier l'origine de la contamination. Il a affirmé que «la technologie de notre époque ne nous permettra pas de prouver que c'est la souche du sujet index qui a été transmise à la technicienne». Il a quand même prétendu qu'il s'agissait d'une infection professionnelle, mais la C.S.S.T. a refusé la réclamation au motif qu'il n'était pas prouvé que le décès de la technicienne était relié à des risques particuliers de son travail<sup>19</sup>. Pourtant, en droit, si on estime qu'il est probable qu'elle ait été en contact avec des contaminants au travail (la preuve non contestée était à cet effet) et qu'il est probable qu'un contaminant peut infecter la personne qui le manipule (la technicienne est décédée 6 jours après avoir manipulé l'échantillon de la même bactérie et la période d'incubation était conforme aux connaissances scientifiques), on peut conclure par présomption de fait qu'il est probable que celle qui a été effectivement contaminée l'a été à l'occasion du travail, d'autant plus qu'aucune autre possibilité de contamination n'avait été mise en preuve. Le tribunal ou l'organisme administratif a pour rôle de

- 
18. *Lefebvre c. Commission des affaires sociales du Québec*, [1991] R.J.Q. 1864 (C.A.), jugement du juge Vallerand; voir aussi: *Antenucci c. Canada Steamship Lines Inc. et C.S.S.T.*, [1991] R.J.Q. 968 (C.A.). Ces deux décisions de la Cour d'appel du Québec démontrent la confusion qui persiste dans le droit québécois entre la notion d'accident du travail et la notion de relation entre une lésion et le travail.
  19. Décision d'une agente d'indemnisation dans le dossier n° 1 0169 580, 21 décembre 1991.



déterminer la meilleure hypothèse quant à la cause de la maladie dans un cas particulier<sup>20</sup>.

À chaque fois qu'un médecin, qu'il soit expert, arbitre, ou traitant, déclare qu'une lésion devrait ou ne devrait pas être indemnisée, il donne une opinion juridique. Très souvent les médecins fonctionnaires de la C.S.S.T. ou de la S.A.A.Q. affirment qu'une réclamation ne devrait pas être reconnue, non pas parce que le travailleur n'était pas malade mais parce que la loi ne couvre pas son cas, la plupart du temps parce que le travailleur souffrait d'une condition préexistante. Certains médecins sont d'opinion que la C.S.S.T. ne devrait jamais verser d'indemnisation lorsque le travailleur était prédisposé à la lésion. D'autres estiment qu'un infarctus ou une dépression ne devrait pas être indemnisable à cause de la difficulté à déterminer l'étiologie de ces maladies. Même lorsque la délimitation entre le droit et la médecine est clairement énoncée, les témoins médicaux sont parfois réticents à affirmer que le travail a pu aggraver la condition personnelle du travailleur parce qu'ils estiment injuste que les employeurs assument le coût de l'ensemble de l'incapacité alors qu'ils ne sont «responsables» que d'une partie<sup>21</sup>.

Le rôle des médecins est de témoigner sur des faits. Ils ne sont pas là pour émettre des opinions quant à l'opportunité de reconnaître certains types

---

20. T.G. ISON, *op. cit.*, note 17, p. 51: «... The legally relevant question [is] what is The best available hypothesis about the cause of the disease in the particular case».

21. Ce point fut éloquentement illustré par F.S. MILNER, «Heart Disease Due to Occupational Emotional Stress: A Compensable Claim Under Oregon Workers' Compensation Law?», [1979] 10 *Environmental Law* 159, à la page 176, note 63, qui rapporte le témoignage suivant d'un cardiologue lors de sa comparution au Cardiac Subcommittee of the Statutory Advisory Committee on Medical Care for the Oregon State Legislature: «As near as I can tell, the lawyer is primarily concerned with whether there is reasonable cause or suspicion that the work activity is a precipitating event or contributed in any way. It's the fault of the law that says that if there is a contribution there is a certain award. I think that in many instances we can say that there could have been some precipitation or aggravation of the chronic degenerative disease by some kind of work activity. The problem with that is the inequity in making the whole thing compensable».

de lésions. Parfois les tribunaux vont même souligner qu'ils dépassent leur compétence en agissant ainsi<sup>22</sup>.

## 2. L'examen de la preuve médicale

Dans le cadre de l'interprétation de la preuve médicale et scientifique deux éléments doivent être démystifiés pour éviter des confusions découlant de l'interaction entre les différentes disciplines. Il faut bien identifier le fardeau de preuve du réclamant. Il faut ensuite décrypter le discours et le raisonnement scientifiques afin de les transformer en données susceptibles d'éclairer véritablement le tribunal<sup>23</sup>.

### a) Identifier le fardeau de preuve du réclamant

En Ontario, le discours officiel des organismes chargés de déterminer le droit des travailleurs à une indemnisation veut que le travailleur n'ait pas de fardeau de preuve à supporter. Il appartient à la Commission des accidents du travail de l'Ontario d'enquêter pour déterminer si oui ou non il a le droit d'être indemnisé<sup>24</sup>. Au Québec le régime d'indemnisation est marqué

---

22. Voir la décision non publiée de la Commission des affaires sociales, du 25 juillet 1989, dans le dossier n° AT-58031, où le témoin expert, psychiatre, avait émis l'opinion suivante: «Nous ne pensons pas que cette réaction anxio-dépressive s'inscrive dans le cadre de la C.S.S.T. et qu'il y aurait danger à vouloir médicaliser ou psychiatriser ce genre de situation». La Commission des affaires sociales estime «qu'il excède le champ de compétence de ce médecin, compétence qui se limite aux aspects médicaux du problème plutôt qu'à ses aspects légaux ou sociologiques».

23. Évidemment il ne s'agit pas ici d'imposer en termes absolus l'hégémonie des valeurs juridiques sur les valeurs scientifiques. Par contre, dans un contexte de détermination des droits des parties à qui une législation statutaire est applicable, la règle de droit doit toujours primer sur les valeurs élaborées dans d'autres disciplines ayant des finalités distinctes. Lorsqu'on est dans un contexte d'adjudication, le discours de l'ensemble des disciplines qui peuvent contribuer à la preuve doit être filtré de manière à être interprété et appliqué selon des normes juridiques.

24. Voir T.G. ISON, *op. cit.*, note 17, p. 206. L'auteur souligne qu'en pratique la Commission des accidents du travail agit à l'occasion comme si le travailleur avait un fardeau de preuve mais conclut que le fardeau de preuve doit être assumé par l'organisme décisionnel et non pas par les parties. Cette approche découle du caractère social de la législation. Historiquement la création des Commissions des accidents du travail a toujours été justifiée par la nécessité de faciliter l'accès à l'indemnisation pour le travailleur en

aujourd'hui par ce vestige du régime de responsabilité civile que constitue le fardeau de preuve. Dans tous les cas, il appartient à celui qui cherche à se faire indemniser de démontrer par une prépondérance de preuve qu'il a droit aux prestations. Parfois le législateur l'aide dans l'élaboration de sa preuve en adoptant des présomptions telles que celles prévues aux articles 28, 29 et 95 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*<sup>25</sup>. Même lorsqu'une présomption légale peut être invoquée, le travailleur a le fardeau de démontrer qu'il satisfait aux conditions d'application de la présomption et il doit le démontrer au moyen d'une preuve prépondérante.

Illustrons cet énoncé par l'exemple du travailleur victime de l'amiantose qui a travaillé dans une mine d'amiante. L'article 29 de la loi nous réfère à l'annexe relative aux maladies professionnelles. On y apprend que celui qui souffre d'amiantose et qui peut démontrer qu'il a été exposé à l'amiante est présumé avoir contracté la maladie par le fait ou à l'occasion du travail. On présumera également que cette maladie est caractéristique du travail ou reliée aux risques particuliers du travail. Grâce à cette présomption, le fardeau de preuve du travailleur est moindre que celui qu'il aurait dû supporter si la maladie ne faisait pas partie de la liste mais le travailleur a quand même un fardeau important. Il doit démontrer selon la prépondérance des probabilités qu'il est atteint de l'amiantose et, toujours selon la prépondérance des probabilités, qu'il a été exposé à l'amiante à son travail. S'il ne réussit pas à démontrer cela, la présomption de l'article 29 ne s'applique pas.

Lorsque le travailleur est atteint d'une maladie qui n'est pas énumérée à l'annexe, il doit assumer un fardeau de preuve qui comporte un plus grand nombre d'éléments. Cependant le degré de probabilité appliqué dans l'évaluation de chaque élément demeure celui de la prépondérance. Sans l'aide de la présomption statutaire le travailleur doit établir quatre éléments pour justifier sa réclamation en vertu de l'article 30 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*. Il doit démontrer qu'il est atteint d'une maladie, contractée par le fait ou à l'occasion du travail, que la maladie dont il est

---

déjudiciarisant le processus de réclamation. Voir aussi: Katherine LIPPEL, *Le droit des accidentés du travail à une indemnité: analyse historique et critique*, Montréal, Les Éditions Thémis Inc., 1986.

25. Précitée, note 7.

atteint est par ailleurs caractéristique de ce travail ou reliée aux risques particuliers du travail et enfin, que cette maladie a entraîné une incapacité ou un dommage. Illustrons cet énoncé par l'exemple d'un cuviste exposé au goudron et atteint du cancer de la vessie. Afin de faire reconnaître sa maladie en vertu de l'article 30 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, ce travailleur doit démontrer par une preuve prépondérante:

1. qu'il est atteint du cancer de la vessie,
2. qu'il a été exposé au goudron à son travail,
3. qu'il a contracté le cancer par le fait ou à l'occasion du travail, et
4. que le cancer de la vessie est caractéristique d'un travail impliquant une exposition au goudron ou relié aux risques particuliers de celui-ci.

Pour chacun de ces éléments la version du travailleur doit être plus probable que la version contraire. Ceci implique que le travailleur peut être indemnisé même lorsque le diagnostic est incertain<sup>26</sup> si le médecin est d'opinion qu'il est probablement atteint du cancer de la vessie. On n'exigera pas que le travailleur démontre hors de tout doute raisonnable qu'il y avait du goudron dans ses lieux du travail, de la même manière qu'on n'exigerait pas une preuve hors de tout doute raisonnable du harcèlement sexuel ou d'un trouble de voisinage qu'on allègue être en relation avec un dommage. Il suffit que le décideur soit convaincu par une preuve prépondérante que la nuisance était réelle. Dans son raisonnement le juriste exige que chaque élément du fardeau de preuve, pris isolément, soit démontré par une preuve prépondérante (50% + 1 de certitude). Par contre le médecin ou le scientifique serait plutôt porté à examiner la question dans son ensemble et en ce faisant, il diminuerait radicalement les chances de réussite du travailleur.

---

26. En droit civil, le dommage doit être «certain», mais dans J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 10, p. 108, n° 180, l'auteur définit un préjudice «incertain» comme un préjudice «qui ne se réalisera probablement pas». Il ajoute que «[l]es tribunaux n'exigent pas, en effet, une certitude absolue mais une simple probabilité». On doit conclure qu'en droit «certain» peut vouloir dire «probable», alors qu'en médecine «probable» peut vouloir dire «certain». De toute façon le «dommage» dans le contexte de l'indemnisation est l'incapacité et non pas le diagnostic comme tel. La «certitude» des dommages dans les régimes sans faute est assurée par la structure même du régime, qui permet aux organismes décisionnels de mettre fin aux prestations lorsque le bénéficiaire redevient apte au travail.

L'importance de cet imbroglio médico-légal a été éloquemment illustrée par le Professeur Ison dans une étude préparée par l'organisme gouvernemental ontarien chargée de déterminer les critères de reconnaissance des maladies professionnelles. En appliquant ses affirmations à notre exemple, nous examinerons les questions en litige:

1. Il est atteint du cancer de la vessie. Il faut 50% + 1 de chances qu'il souffre de cette maladie. S'il est malade et qu'il souffre probablement du cancer de la vessie, cet élément du fardeau de preuve est établi même si les médecins ne sont pas certains de leur diagnostic (51% de certitude, donc preuve prépondérante établie).
2. Il a été exposé au goudron à son travail. On doit se demander s'il est plus probable que son travail l'ait exposé à une cancérigène tel le goudron pour des périodes et à un niveau qui auraient pu contribuer au développement du cancer de la vessie (51% de certitude, donc preuve prépondérante établie).
3. Il a contracté le cancer par le fait ou à l'occasion de son travail. Est-il plus probable que non que la maladie a été contractée au travail ou que le travail a contribué au développement de la maladie? (51% de certitude, donc preuve prépondérante établie).
4. Le cancer de la vessie est caractéristique du travail de cuviste ou relié aux risques particuliers d'un travail comportant une exposition au goudron: la littérature ou les scientifiques qui témoignent confirment-ils qu'il y a plus de 50% de chances que le cancer de la vessie soit relié à l'exposition au goudron (51% de certitude, donc preuve prépondérante établie).

Si chaque élément de son fardeau est démontré par une preuve égale ou supérieure à 50% + 1, le travailleur a rencontré les exigences de la loi et a le droit d'être indemnisé.

Pourtant lorsqu'on demande à l'expert si le travailleur est atteint d'une maladie professionnelle sans décortiquer la question, on doit s'attendre à une réponse négative, car le scientifique, sans balises juridiques, répondra selon

la probabilité globale de l'événement, calculée en fonction des formules mathématiques de probabilités d'événements cumulatifs en effectuant le calcul suivant:  $51\% \times 51\% \times 51\% \times 51\% = 6.76\%$ . Statistiquement la probabilité que l'ensemble des prémisses soient simultanément vraies, abstraction faite du contenu des prémisses, est mince. Le doute sur le diagnostic multiplié par le doute sur l'exposition au contaminant crée, mathématiquement parlant, un doute beaucoup plus grand quant à la réalisation simultanée des deux prémisses. En droit, il faut regarder chaque question en litige séparément et déterminer, élément par élément, si le travailleur s'est déchargé de son fardeau de preuve. En procédant ainsi le travailleur dans notre exemple s'est déchargé de son fardeau de preuve et il devrait être indemnisé<sup>27</sup>.

b) Décrypter le langage et le raisonnement des médecins et des scientifiques

Nous avons vu que la double déformation du langage juridique et du langage médical permet d'affirmer que dans certaines circonstances le terme «probable» en médecine peut vouloir dire «certain» alors qu'en droit le terme «certain» peut vouloir dire «probable». Il n'est donc pas surprenant de constater qu'une certaine confusion puisse survenir lorsque les deux discours se rencontrent et que cette confusion ne peut être qu'exacerbée par le fait que chacun a l'illusion de bien comprendre l'autre. Le processus adjudicatif est suivi non seulement par les médecins et les juristes mais également par les justiciables et les représentants des parties qui ne sont pas juristes. Voilà une raison de plus pour affirmer que l'apparence de justice est susceptible de disparaître. Trois discours se fréquentent: le discours médical, le discours

---

27. Cet exemple est tiré de Terence G. ISON, *Compensation for Industrial Disease Under The Workers' Compensation Act of Ontario*, Comité des normes en matière de maladies professionnelles, septembre 1989, p. 10. Bien que l'auteur se réfère à la législation ontarienne on peut conclure que la législation québécoise invite une interprétation analogue. Nous croyons que l'exemple présente certains défauts sur le plan mathématique en ce sens que le Professeur Ison ne tient pas compte du fait que les quatre variables dans le calcul ne sont pas indépendantes les uns des autres, mais le principe qu'il illustre est éloquent et, à notre sens, applicable au droit québécois. Pour les juristes qui voudraient approfondir les éléments de base de calculs des probabilités au sens mathématique on peut consulter Donald H. SANDERS, Franklin A. MURPH et Robert J. ENG, *Les statistiques: une approche nouvelle*, Montréal, McGraw-Hill, 1984, pp. 102 et suiv.

juridique et le bon vieux langage du dictionnaire. Un même mot, comme le mot «certain» peut avoir trois sens différents, selon l'interlocuteur.

Ce phénomène peut sembler banal. Tous peuvent être victime d'une telle ambiguïté. Cependant, dans un contexte d'indemnisation, l'imbroglio a un effet négatif systémique sur les droits des réclamants et des demandeurs. Il est du devoir du représentant du demandeur de s'assurer que l'ensemble des interlocuteurs se comprennent et que le langage et le raisonnement retenus pour les fins décisionnelles soient ceux du droit. Pour ce faire, le procureur du demandeur a un double rôle à jouer: celui d'outiller ses témoins experts afin qu'ils puissent répondre à des questions juridiquement appropriées sans craindre d'être critiqué sur le plan scientifique de la part de leurs pairs et celui de démystifier le langage des experts de la partie adverse afin de s'assurer que le tribunal ne soit pas induit en erreur.

En préparant la preuve de la demande, il faut bien circonscrire l'objectif de l'expertise et s'entendre avec l'expert sur les balises juridiques applicables. Si l'expert estime qu'une relation possible existe, il faut tenter de clarifier le sens qu'il attribue au terme «possible» et poser les questions clairement afin que ses réponses respectent à la fois le langage et le fardeau juridiques de même que l'intégrité scientifique.

La partie défenderesse, qu'il s'agisse de l'employeur, des organismes administratifs qui refusent une réclamation ou d'un défendeur en responsabilité civile, a intérêt à ce que ses témoins s'expriment en termes de certitudes scientifiques. Il est du devoir du Tribunal de bien vérifier que le médecin qui infirme une relation veut dire qu'il est improbable qu'une relation existe. S'il veut simplement dire qu'il n'a pas assez d'éléments pour avoir la conviction scientifique mais qu'il y a plus que 50% de chances que la relation existe, la relation doit être inférée. Il est inutile d'essayer de forcer le médecin à changer de discours mais il est primordial qu'il balise sa notion de «probabilité» et de «certitude» afin que les décideurs puissent tirer les conséquences juridiques de son opinion d'expert.

Les particularités du raisonnement scientifique doivent également être démystifiées. Les experts se fient souvent sur les études épidémiologiques pour confirmer ou infirmer une relation. Parfois ils se basent sur des études

qui démontrent que statistiquement une relation peut s'inférer à partir d'un nombre donné d'années d'exposition ou à partir d'une exposition à un certain niveau de concentration d'un contaminant. Ces études visent à démontrer statistiquement les risques de contracter une maladie suite à l'exposition à un contaminant. Aucune étude de ce genre ne vise à déterminer si le cancer du travailleur «x» est en relation avec son travail à l'usine «y». Pour sa part, le droit ne cherche pas à valider des expériences scientifiques, il cherche à déterminer le sort d'un travailleur en particulier.

Dans le cadre d'une demande d'indemnisation il faut adapter les notions scientifiques de probabilités au contexte juridique. La distinction entre les objectifs de la science et ceux du droit apparaît bien de l'analyse suivante:

«La balance des probabilités en droit, c'est la conviction acquise à partir d'un examen de la preuve particulière à un litige. Dans un procès en responsabilité civile, il ne s'agit pas de savoir ce qui se produit généralement, ou le plus souvent, quand certaines conditions sont réunies. Il s'agit plutôt de déterminer ce qui s'est produit dans ce cas, à partir de l'ensemble de la preuve présentée au juge. En d'autres termes, pour reprendre une analogie particulièrement heureuse, il ne s'agit pas de savoir quelles sont les chances qu'un numéro soit tiré à la loterie, mais plutôt de savoir qui a gagné. La preuve statistique envisagée seule est tout aussi inutile pour décider de la chaîne causale en droit qu'elle ne l'est pour nous apprendre quel a été, dans les faits, le numéro gagnant»<sup>28</sup>.

Parmi les erreurs qui résultent de la confusion entre ces deux fonctions on doit souligner l'utilisation des calculs de risques pour déterminer la probabilité qu'un travailleur en particulier soit malade à cause du travail. Lorsque les décideurs exigent la preuve d'un nombre prédéterminé d'années d'exposition avant de reconnaître une relation entre un contaminant et une maladie, ils confondent la notion de risque avec celle de probabilité. Parfois, en se basant sur une étude scientifique, les décideurs reconnaissent qu'un contaminant peut causer la lésion mais refusent la réclamation au motif qu'une

---

28. Extrait de Daniel JUTRAS, «Expertise scientifique et causalité», communication livrée au Congrès du Barreau du Québec, juin 1991, pp. 27-28. Cité avec la permission de l'auteur.



exposition de quinze ans est insuffisante, la formule mathématique de probabilité exigeant une exposition de 19 ans. On oublie dans ces cas que le nombre d'années d'exposition visé dans une telle formule représente une moyenne, et que pour y arriver, il faut que certains travailleurs aient été exposés moins longtemps et d'autres plus longtemps. Si les décideurs exigent un nombre précis d'années d'exposition, ils écartent automatiquement des réclamations légitimes provenant de travailleurs plus vulnérables que la moyenne. L'absurdité de ce type de raisonnement devient plus évidente lorsqu'on l'applique à des situations relativement courantes. Le risque de subir un accident d'automobile mortel à 30 km à l'heure est peut être de .01% mais si votre client est décédé dans un tel accident d'automobile, ce chiffre ne peut pas servir à convaincre le tribunal qu'il n'est pas décédé à cause de l'accident d'automobile<sup>29</sup>. Une fois que l'événement se réalise, le taux de risque ne peut servir pour mesurer la probabilité de la relation. Pourtant les tribunaux administratifs appliquent parfois un tel raisonnement<sup>30</sup>.

Une décision du Bureau de révision paritaire de la C.S.S.T. illustre bien ce point. Dans cette affaire, un travailleur demandait à être indemnisé pour un cancer de la vessie qu'il alléguait être en relation avec son travail dans une fonderie où il avait été exposé à plusieurs contaminants, et notamment au goudron volatile. Après l'analyse d'une étude scientifique sur le sujet le Bureau de révision paritaire conclut ainsi: «De cette étude scientifique, le Bureau de révision paritaire constate que le seuil ou le niveau acceptable des risques qui permet d'établir une relation entre une exposition professionnelle aux émanations de goudron volatiles et l'apparition d'un cancer de la vessie est de 19 années goudron»<sup>31</sup>. Il procède à analyser les années de travail du réclamant et conclut au rejet de la réclamation parce qu'il n'a que 17.48 années goudron. On doit s'interroger sur le sens des termes «niveau acceptable des risques» dans ce contexte. Un risque acceptable normalement qualifie un seuil en bas duquel un contaminant ne présente pas de danger. Utiliser le

---

29. Exemple fourni par Mme Diane Demers dans le cadre de la discussion qui a suivi la présentation de notre communication au 2<sup>e</sup> colloque sur Les maladies du travail au Québec, Sherbrooke, le 27 octobre 1991.

30. Pour une critique de l'utilisation de critères de reconnaissance prédéterminés voir: T.G. ISON, *op. cit.*, note 17.

31. *Simard c. S.E.C.A.L.*, B.R.P. n° 60201854, 3 octobre 1989, p. 9. L'assesseur syndical était dissident.

terme dans le contexte où le travailleur est atteint du cancer après avoir été exposé pendant 17.48 années à un produit que l'étude reconnaît comme étant cancérigène nous force à conclure que le tribunal cherche à qualifier le niveau de risque exigé pour avoir une certitude raisonnable de ne pas indemniser un travailleur inutilement. Il ne s'agit pas d'un contexte normatif où l'objectif est de déterminer le niveau d'exposition acceptable. Le calcul mathématique vise à déterminer la probabilité pour les fins de l'indemnisation<sup>32</sup>. Le travailleur voulait savoir si son cancer de la vessie était indemnisable, puisqu'il a travaillé 17.48 années avec le goudron volatile, les B.P.C. et d'autres produits de même nature. Dans la décision, on lui répond qu'il a effectivement le cancer de la vessie, que ce type de cancer est caractéristique du travail impliquant une exposition à ces produits, mais que, dans son cas, il n'a pas réussi à prouver qu'il avait contracté son cancer à son travail, n'ayant pas été exposé au produit pour une période de dix-neuf ans. On doit se demander si les décideurs estimaient qu'il était plus probable qu'il a contracté son cancer à cause de contaminants non identifiés auxquels il aurait été exposé en dehors de son travail. Il nous semble difficile d'accepter que la relation entre le travail et la maladie n'ait pas pu être reconnue par présomption de fait. Lorsqu'un travailleur est atteint d'une lésion de cette nature alors qu'il n'a pas été exposé au contaminant le nombre «requis» d'années d'exposition, il a démontré qu'il est plus vulnérable que le travailleur moyen. Il devrait néanmoins avoir droit à l'indemnisation, sa vulnérabilité n'étant pas un motif de refus même dans le domaine des maladies professionnelles<sup>33</sup>.

Les organismes décideurs ne se questionnent pas souvent sur le rapport qui existe entre le risque que présente un produit et les conséquences pour la santé d'un travailleur en particulier. Le risque que présente une substance se mesure en comparant le taux de fréquence d'une maladie dans une population exposée à la substance, à celui d'une population non exposée. On conclut que le risque est plus élevé lorsque des études épidémiologiques démontrent qu'une maladie est présente plus fréquemment chez les gens exposés à une substance donnée. Plus le taux est élevé, plus le risque relié à la substance est grand. Même les études épidémiologiques les plus concluantes ne démontrent

---

32. Dans la décision, on fournit une telle formule mathématique, bien que les scientifiques spécifient qu'il appartient à l'administration de déterminer le niveau de probabilité exigé.

33. *Produits chimiques Expro Inc. c. C.A.L.P. et Richer*, précitée, note 8.

pas la relation entre la maladie d'un travailleur et son travail. La Commission d'appel en matière de lésions professionnelles a reconnu que plus un risque est élevé, plus la probabilité de la relation entre la maladie de l'individu et son travail est grande<sup>34</sup>.

**3. Trois problèmes: les études scientifiques déficientes, non produites en preuve ou inexistantes**

**a) Études déficientes**

Il n'y a pas de doute que les témoins experts peuvent produire des études scientifiques à l'appui de leurs prétentions dans le cadre de leur témoignage ou en annexe à leur expertise. Il y a lieu de les étudier avec prudence afin de bien comprendre la méthodologie utilisée et sa pertinence pour les questions en litige. Lorsque l'auteur de l'étude n'est pas présent, et qu'il est difficile de déterminer les méthodes qu'il a utilisées, la fiabilité de l'étude peut être remise en question. Il n'est pas difficile de conclure que des rats ne sont pas morts du cancer à la suite de leur exposition à un produit si le taux d'exposition est tellement élevé qu'ils meurent d'intoxication aiguë avant d'avoir la «chance» de développer un cancer<sup>35</sup>. Lorsque les méthodes utilisées ne peuvent pas être déterminées, la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles refusera parfois<sup>36</sup> d'accorder foi à l'étude. Il est important de s'assurer que l'expert qui produit l'étude est en mesure de fournir non seulement l'extrait pertinent mais l'étude au complet. Par contre, un expert qui témoigne en faisant la synthèse de la littérature médicale jouira d'une grande crédibilité, particulièrement lorsqu'il produit en preuve les études sur lesquelles il s'appuie<sup>37</sup>.

34. *Rinaldi c. Tootique Inc. et C.S.S.T.*, [1989] C.A.L.P. 416.

35. Exemple tiré de S. EPSTEIN, *op. cit.*, note 2.

36. *Mimeault et Les Constructions Morial Ltée*, C.A.L.P. n° 01679-60-8612, 10 mai 1988 où la C.A.L.P. refuse d'accorder foi à une étude épidémiologique dont elle n'a reçu que des extraits. D'autres décisions ont accepté de considérer des résumés de communications, voir: *J.M. Asbestos Inc. c. Wilson*, [1990] C.A.L.P. 747.

37. Voir à titre d'exemple: *De Charette et Les Entreprises M.M. Inc.*, C.A.L.P. n° 02521-04-8703, 7 avril 1988; *Rinaldi c. Tootique Inc.*, précitée, note 34.

La Commission d'appel en matière de lésions professionnelles semble parfois tirer des conclusions qui ne se justifient pas nécessairement<sup>38</sup>. Une compréhension de l'ensemble des facteurs présents dans l'étude épidémiologique est essentielle. Si ces facteurs ne peuvent pas être connus on peut remettre en question la crédibilité de l'étude.

b) Études non produites en preuve

Qu'arrive-t-il lorsqu'une étude scientifique existe, à la connaissance de l'assesseur médical ou du commissaire de la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles, mais qu'elle n'est pas en preuve? On serait porté à répondre de façon strictement légaliste à cette question et à conclure qu'aucune étude ou document scientifique qui n'a pas été produit en preuve ne peut être considéré<sup>39</sup>. Avant de répondre à cette question, il est opportun de réfléchir aux différentes circonstances qui sont susceptibles de se présenter.

Parfois l'assesseur médical a son opinion bien établie sur une question, opinion basée sur sa formation et sur les études analysées dans le cadre de cette formation. Parfois un commissaire est familier avec une nouvelle étude épidémiologique, versée en preuve dans un autre dossier et pertinente aux faits de la cause, mais inconnue des parties ou de leurs représentants. On peut aussi imaginer que l'assesseur ou le commissaire, frustré de la mauvaise

---

38. Voir par exemple: *J.M. Asbestos Inc. c. Wilson*, précitée, note 36, où on s'appuie sur un résumé d'étude scientifique qui n'a pas démontré une relation statistiquement significative entre l'exposition à des faibles taux d'amiante et le développement de la maladie pour conclure, à l'encontre de plusieurs experts, qu'il n'était pas dangereux de retourner un amiantosé à son travail. Devant l'objection d'un témoin médical qui soulignait que les personnes faisant l'objet de l'étude n'étaient pas amiantosées, la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles réplique, à la page 774 que «la cohorte de 447 travailleurs suivis annuellement étant tirée d'une population plus large de 1632 travailleurs exposés à l'amiante, il est fort probable que cette cohorte comprenait ceux qui présentaient des anomalies radiologiques initiales suggestives d'une amiantose précoce». Évidemment on ne saura jamais si les 13% des sujets ayant manifesté une détérioration était ceux qui présentaient justement de telles anomalies...

39. *L'affaire Pfizer Co. Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 456 à la page 463 établit clairement que les décideurs d'un tribunal administratif n'ont pas le pouvoir de se rapporter à des renseignements qui «n'avaient pas été présentés en preuve et [auxquels] on n'avait pas renvoyé au cours de l'audience».

qualité de la preuve ou de l'argumentation, entreprenne des recherches dans la littérature médicale pour élucider la situation factuelle.

S'opposer à toute prise en considération de données qui n'auraient pas été mises en preuve par les parties serait regrettable dans un contexte où le législateur a créé des tribunaux spécialisés justement dans le but de pallier au déséquilibre entre les parties et aux moyens insuffisants de ceux qui n'ont pas nécessairement la capacité de soutenir un débat sur des questions complexes de nature médicale ou scientifique. Un des plus grands obstacles que doivent affronter les travailleurs et les travailleuses victimes de maladies professionnelles provient du déséquilibre entre les parties. Lorsque la victime de la lésion n'est pas adéquatement représentée et que les études scientifiques disponibles qui appuieraient sa demande ne sont pas produites, il semble contraire à la philosophie de la loi d'exiger que les décideurs fassent abstraction de leurs connaissances acquises dans d'autres dossiers pour refuser la réclamation. Bien que le concept de *stare decisis* soit étranger au monde médical, vu l'évolution constante des connaissances scientifiques, il ne nous semble pas interdit de recourir au savoir acquis en étudiant des dossiers qui présentaient des faits similaires. Si, dans un dossier où des études scientifiques étoffées ont été produites, on a reconnu que le syndrome du tunnel carpien est une maladie caractéristique du travail de couturière, on devrait en venir aux mêmes conclusions dans le dossier d'une autre couturière qui est atteinte de ce syndrome et qui, faute de moyens, n'a pu produire ces études scientifiques. Le législateur souligne que le but de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* est de réparer les lésions professionnelles<sup>40</sup>. Faut-il le rappeler, l'objectif initial lors de la création de la première Commission des accidents du travail du Québec en 1928 était d'assouplir les règles afin de faciliter les réclamations des travailleurs jusqu'alors frustrés par la rigidité du cadre des tribunaux de droit commun<sup>41</sup>.

Plusieurs questions nous viennent à l'esprit face à une telle situation:

---

40. L.R.Q. c. A-3.001, art. 1.

41. À ce sujet voir le rapport de la Commission Roy de 1923 *Rapport de la Commission d'étude sur la réparation des accidents du travail*, Québec, Imprimeur du Roi, 1925; voir aussi: K. Lippel, *op. cit.*, note 24.

Il est évident qu'un décideur peut consulter la jurisprudence non produite par les parties, mais peut-il tenir compte d'études épidémiologiques citées dans ces décisions pour admettre la réclamation du travailleur qui n'a pas produit ces études?

Lorsque l'assesseur médical a une idée préconçue sur une question médicale, n'est-il pas souhaitable qu'il soit obligé de l'exprimer dans le cadre de l'audition, afin que les parties puissent en prendre connaissance et y répondre s'il y a lieu?

Dans leur souci d'apparence d'impartialité, les décideurs se priveront-ils d'exercer leurs fonctions avec justice et équité?

D'un côté, il faut dénoncer tout mécanisme juridique qui obligerait les décideurs à s'aveugler volontairement sous prétexte que le système contradictoire exige qu'ils ne considèrent que les faits en preuve. De l'autre côté, il faut protéger l'ensemble des justiciables contre des initiatives personnelles qui permettraient aux décideurs de trancher en se basant sur des données que les parties et leurs experts n'ont pas eu l'occasion de commenter. Il est souhaitable que se développe un mécanisme qui permettrait aux décideurs de faire preuve d'une certaine souplesse sans que le droit d'être entendu soit brimé. Une modification aux règles de pratique des diverses instances obligeant les décideurs à soumettre aux parties des copies de toute étude ou tout document qu'ils estiment pertinents à la réclamation, assortie d'un délai raisonnable pour permettre aux parties de fournir leurs commentaires, assurerait une telle souplesse, tout en protégeant les justiciables contre les décisions basées sur des considérations étrangères à la preuve. Par contre, rendre formel un tel mécanisme pourrait inciter les tribunaux supérieurs à être plus sévères à l'égard de décideurs qui voudraient se baser sur des informations n'apparaissant pas dans la preuve.

Le processus d'indemnisation des victimes de lésions professionnelles et des victimes de la route n'est pas neutre. Qu'il s'agisse d'une décision de la Commission de la santé et de la sécurité du travail ou de la Société de l'assurance-automobile du Québec, les décideurs sont également les organismes payeurs, organismes qui ont des moyens supérieurs à ceux des victimes pour enquêter et étudier les questions médico-légales. Lorsqu'il s'agit d'une

lésion professionnelle, le déséquilibre est encore aggravé par le fait que l'employeur a souvent un pouvoir économique qui lui permet de dépasser les capacités financières limitées du travailleur. Le droit n'est pas neutre non plus, pas même lorsqu'il est appliqué par des tribunaux administratifs agissant en appel, comme la Commission des affaires sociales et la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles. Une application trop rigide des règles de droit conçues pour un contexte contradictoire basé sur l'égalité des parties peut à la limite produire une injustice structurelle qui risque de saboter la mission que le législateur se donnait en adoptant des législations d'indemnisation sans égard à la faute. Même si on doit rompre avec les traditions civilistes, il nous semble souhaitable d'exiger que les instances fassent bénéficier l'ensemble des justiciables de toute nouvelle donnée scientifique disponible, à la condition toutefois qu'il existe des mécanismes pour garantir que tous aient le droit de répondre à la documentation consultée par les décideurs.

c) Études inexistantes

Les conséquences de la «neutralité» officielle de nos tribunaux administratifs, souvent synonyme de passivité, s'apprécient davantage lorsqu'on fait la comparaison avec l'interventionnisme dont fait preuve le Tribunal d'appel des accidents du travail de l'Ontario. Une décision récente de ce tribunal illustre bien le contraste. Dans la Décision 859/89, on évaluait l'opportunité de reconnaître la maladie pulmonaire obstructive chronique à titre de maladie professionnelle caractéristique d'un travail impliquant l'exposition à la poussière<sup>42</sup>. Dans un premier temps, le Tribunal chargé d'étudier la demande a suspendu l'enquête et a commandé une étude sur les pratiques de reconnaissance de cette maladie dans les autres provinces canadiennes, le tout aux frais du tribunal. Il a ensuite analysé la preuve qui comportait une certaine preuve épidémiologique. À la fin de cette démarche il conclut que la maladie pulmonaire obstructive chronique est une maladie professionnelle caractéristique d'un travail impliquant l'exposition à la poussière, et il commente la valeur d'une preuve épidémiologique en ces termes:

---

42. *Décision n° 859/89, [1991] 16 W.C.A.T.R. 159.*

«Les études épidémiologiques font l'analyse des liens statistiques existant entre les populations plutôt que l'étude des causes de cas particuliers de maladie. La preuve épidémiologique, lorsqu'elle existait, pouvait constituer une partie importante de la preuve servant à trancher les cas d'admissibilité; cependant, l'admissibilité ne pouvait dépendre exclusivement d'une preuve de cet ordre. Comme la production de preuves épidémiologiques prenait beaucoup de temps et était très dispendieuse, son absence ne devait pas être considérée comme indiquant l'absence de lien de causalité»<sup>43</sup>.

L'absence de preuve épidémiologique concluante n'implique pas le refus de la réclamation, du moins en Ontario. Au Québec, par contre, il y a lieu de se demander si la tendance de nos tribunaux n'est pas de rejeter la réclamation lorsqu'aucune étude épidémiologique n'est produite en preuve. On peut trouver, par exemple, des décisions qui refusent de reconnaître une relation entre le cancer et l'hydrazine au motif que les études démontrant une relation entre le produit et la maladie ont été effectuées sur des animaux<sup>44</sup> ou encore qui rejettent la preuve épidémiologique parce qu'elle était effectuée sur des travailleurs exerçant un métier différent que celui du réclamant<sup>45</sup>. Les études épidémiologiques coûtent cher et rares sont les groupements de travailleurs ayant les moyens de les commanditer. De plus, lorsque le travailleur n'est pas syndiqué ou lorsqu'il travaille dans un domaine où on ne trouve que peu de salariés, il est illusoire de croire aux possibilités de produire des études épidémiologiques effectuées dans des conditions identiques. Par ailleurs, il existe des études qui sont commanditées par les fabricants de produits. Les sociétés ont plutôt intérêt, en règle générale, à ce que l'on démontre le caractère anodin des substances étudiées. Ainsi, on observe parfois que des chercheurs financés par l'industrie hésitent à rendre publics les résultats d'une recherche qui démontre qu'un produit est dangereux<sup>46</sup>.

---

43. Précitée, note 42, p. 161, cet extrait est tiré de la version française du résumé de la décision, car la décision elle-même a été rédigée en anglais. Il s'agit d'une traduction d'un extrait du jugement apparaissant à la page 175.

44. *Laforest c. Cie minière Québec-Cartier*, [1989] C.A.L.P. 678.

45. *Liboiron c. Gordon Sestock Construction Inc. et C.S.S.T.*, [1989] C.A.L.P. 925.

46. Sur l'ensemble de cette question voir: S. EPSTEIN, *op. cit.*, note 2.



En somme, il nous faut constater qu'en ce domaine, le travailleur est régulièrement confronté à une preuve trop coûteuse ou encore inaccessible. Une approche plus interventionniste de nos tribunaux permettrait peut-être de rééquilibrer la situation.

### **Conclusion**

Nous avons touché à quelques aspects de l'interaction entre le droit et la science telle qu'elle se réalise à l'occasion du processus d'indemnisation. Un ensemble de facteurs rend extrêmement difficile la reconnaissance de certaines réclamations, particulièrement dans le domaine des maladies professionnelles. Ceux et celles qui rendent des décisions dans ce domaine doivent être conscients qu'exiger une preuve avec une certitude dite scientifique signifie, dans la majorité des cas, exiger l'impossible de ceux qui se disent malades à cause de leur travail. Il est impensable sinon impossible que des études s'effectuent sur chaque maladie dans chaque métier. L'exigence d'une telle preuve équivaudrait à un rejet de toute demande d'indemnisation présentée par des travailleurs et travailleuses oeuvrant dans de petites industries qui ne feront jamais l'objet d'étude. Le droit ne pose pas de telles exigences. Les politiques administratives ne le devraient pas non plus.

Faut-il le rappeler, les indemnités devraient être accordées lorsqu'il est probable que la maladie a été contractée au travail et qu'elle est liée aux risques particuliers de celui-ci. À la limite on pourra se tourner vers la preuve épidémiologique pour démontrer que la maladie est caractéristique du travail mais cela ne serait nécessaire que dans la mesure où le travailleur n'aura pu établir l'existence d'un risque particulier. Si le travailleur établit l'existence d'un risque particulier, il ne devrait pas être nécessaire de démontrer qu'il y a d'autres travailleurs atteints de la même maladie et faisant le même travail.

Bref on peut dire que les spécificités de certaines approches médico-légales rendent difficile la reconnaissance du droit à l'indemnisation et ce, même dans les cas où la victime n'a qu'à prouver la relation entre sa lésion et son accident. Les particuliers qui réclament des prestations des régimes d'indemnisation sont désavantagés de par leurs moyens économiques, leur inexpérience dans le domaine et leurs capacités limitées d'affronter l'appareil

bureaucratique de l'État. Une clarification de la confusion créée par l'interaction entre la médecine et le droit ne réglera pas l'ensemble des injustices causées par un déséquilibre structurel qui est peut-être inévitable. Il faut cependant espérer qu'un examen plus attentif et méticuleux du phénomène de la preuve médicale permettra aux décideurs de s'approcher davantage des objectifs initiaux du législateur: une juste réparation octroyée après un minimum de contentieux.

**RDUS**

**Revue de DROIT**  
**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LA DÉFÉRENCE JUDICIAIRE ET LA SPÉCIALISATION DES TRIBUNAUX  
INFÉRIEURS : LE RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX

**Auteur(s) :** Claude D'AOUST

**Revue :** RDUS, 1991-1992, volume 22, numéro 2

**Pages :** 473-486

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/13423>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/13423>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## LA DÉFÉRENCE JUDICIAIRE ET LA SPÉCIALISATION DES TRIBUNAUX INFÉRIEURS: LE RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX

par Claude D'AOUST\*

*De récentes décisions de la Cour suprême du Canada ont reconnu la compétence d'organismes administratifs – C.C.R.T. ou arbitre – d'émettre des ordonnances restreignant la liberté d'expression de l'employeur. Par la suite, la Cour suprême leur a reconnu le droit de déclarer inapplicables, parce qu'inconstitutionnels, les textes législatifs qu'ils ont mission d'interpréter.*

*Le principe fondamental de ces décisions est la déférence judiciaire due aux tribunaux inférieurs en raison de leur spécificité; mais le devoir de réserve s'estompe quant à leurs décisions d'inconstitutionnalité, vu qu'en cette matière ces tribunaux n'ont pas d'expertise particulière.*

*Cette note expose, en prenant l'arbitre de grief comme illustration, que même dans sa sphère de compétence, le tribunal administratif n'a pas nécessairement l'expertise que lui prêtent les cours supérieures. L'arbitre est parfois confronté à des situations dont l'interprétation et l'analyse requièrent elles-mêmes des connaissances spécialisées. L'alcoolisme en tant que manquement du salarié en est le meilleur exemple. En pareil cas, la déférence judiciaire se justifie-t-elle quand même et dans l'affirmative ne devrait-elle pas être restreinte?*

*De la même façon, lorsque l'ordonnance porte atteinte aux libertés fondamentales d'une partie, ne devrait-on pas conclure a pari que, s'agissant de droit constitutionnel, la réserve judiciaire ne s'appliquerait plus, comme dans le cas où le tribunal juge une loi invalide parce que contraire à une Charte des droits et libertés?*

---

\*. Avocat et professeur à l'École de relations industrielles de l'Université de Montréal.

*Recently, the Supreme Court of Canada upheld the rulings of administrative tribunals – such as the C.L.R.B. or a labour arbitrator – which had released orders restraining the freedom of speech of an employer. Later on, the Court affirmed on O.L.R.D.'s ruling which declared unconstitutional the Ontario Labour Relations Act provision denying farm workers access to certification. Inferior courts should not be granted judicial deference about constitutional matters, as these exceed the very field of specialization of administrative tribunals (save those devoted to Charter application – but then we deal with appeal, not judicial review).*

*It is argued here that within the field of specialization itself, issues arise which require special knowledge beyond the competence of the average arbitrator. Alcoholism in the workplace is a case in point. What then is the foundation for curial deference?*

*Further, orders sometimes infringe on the civil liberties of individual workers. In accordance with the non-applicability of curial deference to constitutionality rulings, why should such awards receive special protection from judicial review?*

## SOMMAIRE

1)	Respect des connaissances spécialisées de l'arbitre. . . . .	479
2)	Devoir d'intervention en cas d'atteinte aux droits fondamentaux. . . . .	480

Deux ans après sa publication, l'arrêt *Slaight Communications*<sup>1</sup> suscite encore la controverse. Dans un article traitant du pouvoir de l'arbitre de grief d'empiéter sur un droit constitutionnellement protégé<sup>2</sup>, madame Pinard critique la Cour suprême du Canada qui a considéré que l'arbitre de grief a compétence pour limiter, par ordonnance, une liberté fondamentale en se fondant sur l'article 1 de la Charte canadienne de 1982<sup>3</sup>. Son argumentation, serrée et bien documentée, porte sur la forme et non sur le contenu; en bref, selon elle, l'arbitre n'a pas le pouvoir, *aux termes de l'article 1*, d'édicter «une règle de droit» restreignant un droit ou une liberté garantis par la Charte. L'arbitre peut restreindre une liberté fondamentale si, selon la Cour, la restriction est raisonnable et justifiée dans une société libre et démocratique; par conséquent, l'ordonnance est une règle de droit.

La question est d'un intérêt certain, mais ce commentaire porte sur le contenu de telles ordonnances, en tenant pour acquise la compétence arbitrale. Plus précisément, si l'arbitre peut restreindre une liberté fondamentale, il ne le peut que dans des limites raisonnables et justifiées. En revanche, les tribunaux supérieurs ont un pouvoir de révision lorsque ces limites sont dépassées. Ils exercent donc un contrôle d'opportunité, laquelle est *une dimension* du caractère raisonnable de la sentence soumise à révision. Dans le domaine particulier qui retient ici notre attention, l'ordonnance inopportune est injustifiée au sens de l'article 1 (de la Charte). Les tribunaux supérieurs, à notre avis, ne peuvent éviter cet examen, en invoquant simplement la spécialisation des tribunaux inférieurs.

Mais d'abord, notons que les sentences arbitrales dont la validité est mise en doute pour cause d'atteinte (prétendument) injustifiée à une liberté

- 
1. *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.
  2. Danielle PINARD, «Les seules règles de droit qui peuvent poser des limites aux droits et libertés constitutionnellement protégés et l'arrêt *Slaight Communications*», (1991) 1 *National Journal of Constitutional Law* 79.
  3. *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (R.U.) 1982, ch. 11. (ci-après désignée comme «la Charte»).



fondamentale, sont plus variées et plus nombreuses que ne le révèlent les deux arrêts de la Cour suprême qui ont projeté la question sur la scène nationale<sup>4</sup>. Ces deux cas portaient sur la liberté d'expression d'un employeur. Mais la plupart du temps, l'ordonnance empiètera sur une liberté fondamentale d'un salarié; de plus, l'éventail des droits et libertés ainsi restreints est beaucoup plus large que dans les cas soumis à l'examen de la Cour suprême<sup>5</sup>. On peut donner quelques exemples, tous reliés à l'alcoolisme<sup>6</sup>. Des arbitres obligent le salarié, comme condition de réintégration, à se soumettre à une thérapie auprès d'une personne-ressource désignée, à entreprendre une cure de désintoxication fermée dans un établissement désigné pendant une période déterminée, à prendre un médicament (généralement celui connu sous le nom d'Antabuse), à se soumettre à des alcootests au gré de l'employeur et à intervalles réguliers ou sur demande, etc. À notre avis, il s'agit là d'intrusions sérieuses dans la vie privée du salarié.

Bref, les arrêts *B.N.C.* et *Slaight* sont loin d'être représentatifs<sup>7</sup> de l'atteinte aux droits constitutionnellement protégés des employeurs et des salariés individuels<sup>8</sup>.

- 
4. *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés du commerce et C.C.R.T.*, [1984] 1 R.C.S. 269; *Slaight Communications Inc.*, précité, note 1. Naturellement, nous ne parlons que des décisions restreignant les libertés individuelles et non du pouvoir des organismes du travail de déclarer invalide et inopérante une disposition législative pour cause d'inconstitutionnalité.
  5. Pour une analyse détaillée, voir: Claude D'AOUST et Louise DUBÉ, *La réintégration conditionnelle du salarié*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1991.
  6. Ainsi l'arbitre ordonnera, en cas d'insubordination accompagnée de violence, de présenter des excuses à son supérieur immédiat. Ou bien, il fixera un taux d'absentéisme moyen que le salarié ne pourra dépasser sous peine de congédiement. Ou encore, il interdira à un salarié d'entrer en communication avec certains compagnons de travail. Voir notre ouvrage, précité, note 5, *passim*.
  7. Parfois, l'entente à l'amiable intervient entre les parties (c'est-à-dire le syndicat et l'employeur), avec ou sans le consentement du salarié.
  8. Rappelons que la Charte n'est pas la seule à protéger certains droits et libertés. Les diverses chartes provinciales le font aussi. Ce n'est pas le lieu de faire les distinctions sur l'étendue et les mécanismes de la protection qui découle de l'une ou des autres. Mais le rappel se justifie par ce que ce commentaire touche le fond de la question, plutôt que la nature juridique de l'ordonnance arbitrale, dans le cadre de l'article 1 de la Charte.

Mais en quoi l'atteinte à un droit fondamental devrait-elle affecter le degré d'intervention des tribunaux supérieurs? Pour répondre à cette question, revoyons rapidement quelques décisions de la Cour suprême du Canada sur l'immunité des décisions arbitrales. La nature des questions déterminées par les arbitres varie et le degré de contrôle, exercé par les cours supérieures, devrait varier en conséquence.

### 1) Respect des connaissances spécialisées de l'arbitre.

Dans l'arrêt *Control Data*<sup>9</sup>, il s'agissait du congédiement d'un représentant qui avait accepté des gratifications d'un client, en contravention de la politique de l'employeur. En d'autres termes, c'était un cas d'application du principe de proportionnalité entre la faute et la sanction. Or, le droit commun (en droit civil comme en common law) ignore le droit disciplinaire, le congédiement étant à toutes fins pratiques la seule sanction qu'il connaît. La Cour avait donc entièrement raison de conclure qu'elle n'avait pas à intervenir dans un domaine réservé à un tribunal spécialisé et qui requiert une expertise particulière.

Dans l'arrêt *Heustis*<sup>10</sup>, il s'agissait de déterminer le pouvoir décisionnel de l'arbitre, particulièrement celui de substituer son jugement à celui de l'employeur, s'il venait à la conclusion que la sanction imposée par l'employeur était inadéquate<sup>11</sup>.

L'arrêt *St. Anne Nackawic*<sup>12</sup> pour sa part donne juridiction à l'arbitre quand la convention collective régleme une question (ici, la violation d'une clause de renonciation à la grève) même si, en l'absence d'une telle clause, les tribunaux de droit commun auraient eu compétence.

9. *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984]2 R.C.S. 476.

10. *Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979]2 R.C.S. 768.

11. L'arrêt *Heustis* est généralement interprété comme un renversement de la règle établie dans *Port Arthur Shipbuilding Co. c. Arthurs et al.*, [1969] R.C.S. 85. Selon cet arrêt, une fois que l'arbitre avait reconnu la faute, il ne pouvait modifier la sanction patronale s'il la jugeait exagérée.

12. *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. Ltd. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier*, [1986]1 R.C.S. 704.

Tous ces cas concernaient des questions relevant des connaissances spécialisées et de l'expérience de l'arbitre (c'est-à-dire de sa compétence au sens ordinaire du terme) et, par conséquent, de sa compétence d'attribution exclusive exigeant la réserve judiciaire (*curial deference*).

## 2) Devoir d'intervention en cas d'atteinte aux droits fondamentaux.

Par contre, s'il s'agit de questions sur lesquelles l'arbitre n'est pas spécialement formé ou informé, la Cour se montrera plus encline à intervenir pour réviser son jugement. C'est le cas où l'arbitre, examinant la validité d'une loi, la déclare inopérante parce qu'inconstitutionnelle<sup>13</sup>. La même remarque tient lorsque le grief vise à faire déclarer inapplicable une disposition de la convention collective jugée contraire à la Charte<sup>14</sup>.

Faisons l'hypothèse qu'un arbitre n'a pas une connaissance spécialisée sur la validité des lois ou des clauses conventionnelles (questions de droit), il ne peut être exclu *a priori* qu'il en aille de même, à l'occasion, du bien-fondé de la décision patronale et du remède approprié (question de droit et de fait). L'affaire *Slaight* est un exemple illustrant cette proposition.

En supposant que l'arbitre Joliffe avait juridiction pour rendre la double ordonnance que l'on connaît<sup>15</sup>, encore eut-il fallu qu'elle constitue

- 
13. *Cuddy Chicks Ltd. v. LRB (Ont.)*, 91 CLLC parag. 14, 024 (Cour suprême du Canada), le 6 juin 1991, p. 12, 222, (1991) 81 D.L.R. (4th) 121.
  14. *Douglas/Kwantlen Faculty Ass'n v. Douglas College*, (1991) 118 N.R. 340, 378., [1990] 3 R.C.S. 570, 605.
  15. (15) La double ordonnance se lit: «Que l'employeur remette au plaignant, avec un double à moi-même, une lettre de recommandation attestant:  
(1) Que M. Ron Davidson a été engagé par la station Q107 à titre de vendeur de temps d'antenne à la radio, et ce de juin 1980 au 20 janvier 1984;  
(2) Que son "budget" ou quota de ventes pour 1981 s'élevait à 248 000\$ et qu'il a atteint 97,3% de ce même budget;  
(3) Que son "budget" ou quota de ventes pour 1982 se montait à 343 500\$ et qu'il a atteint 100,3% de ce budget;  
(4) Que son "budget" ou quota de ventes pour 1983 était de 402 200\$ et qu'il a atteint 114,2% de ce budget;  
(5) Qu'à la suite de son congédiement survenu en janvier 1984, un arbitre (nommé par le ministre du Travail), après avoir entendu les témoignages et les observations des deux

une limite raisonnable aux droits protégés et qui se justifie dans une société libre et démocratique. Entre autres choses, cela exige que la dérogation soit minimale eu égard aux effets escomptés, et que la probabilité d'atteindre le but recherché soit raisonnable<sup>16</sup>.

Examinons l'ordonnance de l'arbitre sous cet angle. En premier lieu, ordonner à un employeur de fournir une lettre de recommandation n'est pas une affaire négligeable d'importance mineure. Ni la common law<sup>17</sup>, ni le droit civil<sup>18</sup> ne l'y obligent, non plus que les normes légales du travail des

---

parties, a décrété que le congédiement en question avait été injuste.

J'ordonne en outre que toute demande de renseignements par voie de communication épistolaire, téléphonique ou autre faite à la station Q107, à sa direction ou à son personnel par une personne ou compagnie relativement à l'emploi de M. Ron Davidson à ladite station doit donner lieu pour toute réponse à l'envoi d'un double de la lettre de recommandation susmentionnée.»

Ce texte est la version française établie par la Cour suprême dans l'arrêt *Slaight*, précité, note 1, 1047.

16. «Minimal» ne signifie pas «minime» mais «le plus petit» (moyen qui permette d'atteindre un objectif). Une dérogation peut donc être minimale, tout en étant considérable, si une très grande valeur est attachée à l'objet recherché.

Nous ne prétendons pas remettre en question, approuver, ou même résumer l'analyse que faisait le juge en chef Dickson dans l'arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, (1986) 26 D.L.R. (4th) 200. À cet effet, voir, entre autres: Dale GIBSON, *The Law of the Charter: Equality Rights*, Toronto, Carswell, 1990, pp. 272 et seq.

Nous avons plutôt adopté l'approche de l'analyse économique qui met en relation les fins et les moyens et qui précise que pour maximiser les premières (par exemple le profit), il faut minimiser les seconds (les coûts), compte tenu de contraintes que celui qui agit (l'entrepreneur) ne peut modifier.

Cela revient essentiellement à l'analyse du juge en chef Dickson dans *R. c. Oakes*, mais la similarité du raisonnement devient plus diffuse dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

17. En ce sens: Francis R. BATT, *The Law of Master and Servant*, Fifth edition by George WEBBER, London, Pitman and Sons, 1957, p. 230; Norman M. SELWYN, *Law of Employment*, London, Butterworths, 1985, p. 155.

18. *Poirier c. Wener*, (1906) 12 R. de J. 529 (Cour de révision). La même règle vaut en France, où le «livret ouvrier» fut remplacé par le certificat de travail en 1890. Le salarié n'a droit qu'à ce certificat. Celui-ci ne peut contenir d'informations autres que celles permises par la loi (en d'autres mots des notes constituant une lettre de recommandation) qu'avec l'accord du salarié: Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2e édition, tome XI, Paris, L.G.D.J., 1954, p. 81; Jean RIVERO et Jean SAVATIER, *Droit du travail*, 10e édition, Paris, Presses Universitaires de France,

diverses provinces<sup>19</sup>. Tenons cependant pour acquis que le pouvoir réparateur de l'arbitre soit suffisamment étendu pour permettre d'ordonner la délivrance d'une lettre de recommandation. Mais il faut en examiner le contenu pour en déterminer la validité.

Ici, un deuxième point est à noter: l'arbitre Joliffe dicte le contenu de la lettre. Or, que doit-elle indiquer? La période de service, le rendement en termes de chiffres de ventes durant cette période et le fait qu'un arbitre a jugé que l'employé avait été congédié injustement<sup>20</sup>.

Une telle lettre n'est, à première vue<sup>21</sup>, d'aucune utilité pour le salarié en recherche d'emploi. Prenons le cas d'un employeur méfiant: il mettra vraisemblablement la demande d'emploi de côté, s'imaginant - à tort - qu'il y a anguille sous roche; que si le salarié a été congédié, il devait y avoir une bonne raison («il n'y a pas de fumée sans feu»); qu'en plus ce salarié a traîné son employeur en justice, etc.

Considérons maintenant l'hypothèse de l'employeur confiant. À la lecture de la lettre, il se dira qu'elle est incomplète. En effet, à part le rendement d'un salarié (exprimé ici par un chiffre de vente), bien d'autres caractéristiques importent à l'employeur éventuel. Ce travailleur est-il assidu et ponctuel au travail? Comment se comporte-t-il avec ses collègues et les clients? Est-il loyal? Etc.

Mais la seconde partie de l'ordonnance (dite «négative») lui interdira d'obtenir ces renseignements. L'ordonnance restreint la libre circulation de l'information au détriment de tiers qui la réclameraient légitimement. Cela soulève deux questions.

---

1987, p. 544.

19. L'article 84 de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1 énumère limitativement le contenu du certificat de travail. Il édicte de plus: «(...) Le certificat ne peut faire état de la qualité du travail ou de la conduite du salarié». Cela n'empêche pas l'employeur de faire une lettre de recommandation dans un écrit distinct.
20. Arrêt *Slaight*, précité, note 1, 1047.
21. En fait, nous ignorons ce qu'il est advenu de la carrière du plaignant Davidson.

D'abord, pourquoi l'arbitre a-t-il pris le parti que l'ex-employeur n'écrit pas une lettre favorable? L'expérience nous enseigne qu'un employeur qui veut se départir d'un salarié s'apaise lorsqu'il y parvient, fut-ce après un arbitrage. En l'espèce, il est impossible de dire quelle est la probabilité que Slaight Communications eût envoyé une lettre de recommandation honnête. En revanche, on peut affirmer qu'une lettre de recommandation honnête aurait été beaucoup plus utile au salarié que son simulacre dicté par l'arbitre<sup>22</sup>. Le dossier ne permet pas d'écarter absolument la possibilité que l'employeur aurait pu revenir à de meilleurs sentiments et écrire une lettre favorable<sup>23</sup>. Pour notre part, nous hésitons à présumer de la persistance de l'employeur dans son hostilité, même si la preuve a convaincu l'arbitre du contraire. La bonne foi se présume; mais si elle vient à manquer, il n'est pas permis de présumer de la pérennité de la mauvaise foi.

De plus, il faut compter sur l'effet de l'écoulement du temps. Une fois débarrassé d'un employé qu'il juge indésirable, l'employeur n'a plus intérêt à jeter de l'huile sur le feu, se remettant ainsi dans l'embarras, d'autant que d'autres règles de droit l'inciteront à la prudence.

En second lieu, l'employeur n'est pas libre d'écrire n'importe quelle fausseté dans une lettre de recommandation. S'il le fait, il se rendra coupable

---

22. S'il avait eu le choix, le salarié aurait sans doute opté pour la deuxième hypothèse. C'est ce qui ressort du «paradoxe de Saint-Petersbourg» qui explique pourquoi les joueurs sont enclins, pour une mise donnée (y compris une mise égale à 0), à préférer une faible probabilité de gagner gros à une forte probabilité de faire un gain insignifiant. (Ici la faible probabilité de gagner gros correspond à la possibilité non mesurable que l'ex-employeur écrive une lettre honnête).

Sur le paradoxe de Saint-Petersbourg dont la solution nécessite l'utilisation de la théorie mathématique des probabilités et de la théorie de l'utilité marginale, voir: George J. STIGLER, «The Development of Utility Theory. II», (1950) LVIII *Journal of Political Economy* 373.

23. *Slaight Communications*, précité, note 3, 1063. Le retour à de meilleurs sentiments, que feu le juge Beetz qualifie de «remords», n'emporte pas l'adhésion de Fernand MORIN. «Liberté d'expression et droit au travail: l'arbitrage de la Cour suprême du Canada», (1989) 44 *Relations industrielles* 921, p. 927.

de diffamation et devra répondre des dommages causés, en common law<sup>24</sup> comme en droit civil<sup>25</sup>. L'employeur y pensera donc à deux fois avant de dénigrer son employé<sup>26</sup>.

En somme, l'atteinte aux libertés de l'employeur et, éventuellement, de tiers, nous paraît injustifiée dans les circonstances. C'est un prix trop élevé à payer pour le maigre bénéfice que le salarié pouvait en espérer. C'est une façon de dire que la double ordonnance était «déraisonnable».

De tout ce qui précède, il ne faut pas conclure que l'arbitre de grief- ou tout autre membre d'un tribunal administratif - n'a aucun rôle à jouer dès qu'un litige se transporte sur le terrain constitutionnel<sup>27</sup>. Il ne s'agit pas de mettre en doute l'existence de connaissances particulières qu'ont les membres des tribunaux spécialisés, et qui en fait justifient leur existence. Mais quelles sont la nature et la limite de cette spécialité? Pour terminer cette note, revenons à un exemple, particulièrement frappant, déjà évoqué plus haut.

L'arbitre, juriste ou non, connaît par sa formation et son expérience le milieu de travail et les règles qui le régissent. Il sait que l'absentéisme périodique et chronique est un facteur de dysfonctionnement dans l'entreprise et qu'une saine gestion commande d'y remédier.

- 
24. Voir: BATT, précité, note 16, 230; SELWYN, précité, note 16, 155; G.H.L. FRIDMAN, *The Modern Law of Employment*, London, Stevens and Sons, 1963, p. 444 et seq.
25. *Langlois c. Farr Inc.*, [1988] R.J.Q. 2682, 2689 (C.A.); René SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, tome I, Paris, L.G.D.J., 1951, n° 84 et seq.; Georges RIPERT, «Examen doctrinal-jurisprudence civile», (1911) *Revue critique de droit et de jurisprudence* 129, pp. 129-30.
26. Rappelons pour mémoire - car l'hypothèse serait farfelue en l'espèce - que des louanges exagérées qui causeraient un dommage au nouvel employeur qui s'y serait fié, engageraient la responsabilité civile du signataire, aux termes de l'article 1053 C.c.B.-C. Voir Jean-Louis DUBÉ et Nicola DI IORIO, *Les normes du travail*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 1987, p. 139.
27. Voir les propos du juge La Forest et de ses collègues qu'il cite à ce sujet, dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, précité, note 13, p. 12, 222.

Par un grief, il est saisi du congédiement d'un salarié dont les absences sont notoires les lendemains de paye, la veille et le lendemain d'un jour férié, les vendredis et lundis, etc. Il flaire un problème d'alcool... mais il attend que la preuve le lui révèle. Or, cette preuve est claire. L'arbitre sait qu'il y a un grave problème et qu'il faut y remédier. Quel est le remède approprié? Voici atteintes les limites de ses connaissances spécialisées.

L'arbitre moyen, comme le citoyen ordinaire, ne connaît pas exactement la nature de l'alcoolisme, ses causes, ses remèdes, etc. Il ne sait pas si c'est un péché (s'il a été formé dans un collège classique), une maladie, une tare, une dépendance physiologique ou psychologique. Il n'en connaît pas les variétés. Probablement qu'il fonde toute ses connaissances, vraies ou erronées, autour de deux règles cardinales: premièrement, l'alcoolisme requiert une abstinence totale et définitive<sup>28</sup>; en second lieu, l'alcoolique doit reconnaître sa dépendance à l'égard de l'alcool. Mais que faut-il faire?

Étant donné qu'il n'y a pas de thérapie reconnue, malgré l'expertise des personnes-ressources oeuvrant dans les communautés thérapeutiques, l'arbitre doit, comme tout un chacun, s'en remettre à ses connaissances générales, à son sens commun et on sait jusqu'à quel point «sens commun» et «alcoolisme» se trouvent parfois éloignés l'un de l'autre.

De plus, les thérapies couramment acceptées sont contraignantes. Ne prenons que l'Antabuse comme exemple, un médicament qui rend l'organisme intolérant à l'alcool et qui a des effets secondaires graves, pouvant aller jusqu'à la crise cardiaque. Une ordonnance d'en absorber constitue une intrusion directe dans l'organisme du salarié, relevant d'un domaine du droit dans lequel l'arbitre ne possède pas de connaissances spécialisées.

Dans notre exemple, sur *deux plans* simultanément, l'arbitre est aux confins, voire hors de son champ de spécialisation. C'est pourquoi il y aurait peut-être lieu de marquer un temps d'arrêt, dans le cours de la jurisprudence.

---

28. Cette règle est présentement sujette à réexamen sur le plan scientifique. Voir: Dollard CORMIER, *Alcoolisme: abstinence, boire contrôlé, boire réfléchi*, Montréal, Éditions du Méridien, 1989.



Jadis, pour obtenir la cassation d'une décision arbitrale, il suffisait presque de la demander. La poussée imprimée au pendule dans l'autre direction n'aurait-elle pas été trop forte? La déférence judiciaire doit atteindre son point d'équilibre. Ce n'est pas pour demain.

À tout événement, il me paraît logique que la «déférence judiciaire» n'épargne pas davantage les décisions qui déclarent invalide une disposition de la loi parce que celle-ci empiète sur une liberté protégée par la Charte que celles qui, sans attaquer la constitutionnalité d'une disposition légale, affecteraient des droits constitutionnellement protégés. Dans l'un et l'autre cas, la raison d'être de la retenue judiciaire est absente, l'arbitre (ou tout autre tribunal administratif) se trouvant hors de son champ de spécialisation.